

Aktenzeichen: 2 VK 34/06
Verkündet am 8. September 2006

**1. Vergabekammer
des Landes Brandenburg
beim Ministerium für Wirtschaft**

Beschluss

- I. Der Auftraggeberin wird aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
- II. Die Auftraggeberin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerinnen zu 1. und 2. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
- III. Die Gebühr für das Verfahren - 2 VK 34/06 - wird auf ... EUR, für das Verfahren - 1 VK 35/06 - auf ... EUR, insgesamt auf ... EUR festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerinnen zu 1. und 2. wird für notwendig erklärt.
- V. Der von den Antragstellerinnen zu 1. und 2. eingezahlte Kostenvorschuss jeweils i.H.v. 2.500,00 EUR wird an sie nach Bestandskraft des Beschlusses zurückgezahlt.

Gründe

I.

Die Auftraggeberin hat aufgrund eines Generalplanervertrages vom ... Januar 2005 der Beigeladenen Planungsleistungen ... übertragen. Auf der Basis des Planfeststellungsbeschlusses und vorliegender Planunterlagen sind alle baulichen ... Gewerke, Anlagen und Einrichtungen der ... zu planen. In einer ersten Stufe waren Vor-, Entwurfs- und Genehmigungsplanung, in der zweiten Stufe waren bzw. sind Ausführungsplanung, Vorbereitung der Vergabe und Mitwirkung bei der Vergabe zu erbringen. In einer dritten Stufe kann die Auftraggeberin die Bauoberleitung, Objektbetreuung und Dokumentation abrufen.

Am ... 2006 schrieb die Auftraggeberin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Ingenieurbauleistungen zur Bauüberwachung von ... im Präqualifikations- und Verhandlungsverfahren nach der EG-Sektorenrichtlinie (VOL/A - SKR) europaweit aus. Die zu überwachenden Leistungsbereiche bestehen vorrangig aus ... der Wasserwirtschaft, dem Bereich der Nebengebäude, der im Zusammenhang stehenden Straßen und Wege sowie der Landschaftsplanung. Für die Auftragsausführung war der Zeitraum vom 11. August 2006 bis zum 30. Juni 2012 vorgesehen.

Nach Ziffer III.2 der Ausschreibung - Teilnahmebedingungen waren Nachweise zur persönlichen Lage sowie zur wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit gefordert. Unter anderem [VK Brandenburg, Beschluss vom 08.09.2006 – 2 VK 34/06](#)

rem hatten die Bewerber Angaben zum Umsatz in den letzten drei Geschäftsjahren und zu vergleichbaren Leistungen in den letzten fünf Jahren zu machen sowie die personelle Ausstattung für die zu erbringenden Leistungen zu beschreiben.

Bis zum festgesetzten Termin für den Eingang der Teilnahmeanträge am 25. April 2006 bewarben sich acht Unternehmen/Bietergemeinschaften.

Die Beigeladene gab im Rahmen ihrer Bewerbung vom 24. April 2006 an, sie sei im Zuge der Neustrukturierung der ... neu entstanden und habe ihre Geschäftstätigkeit am 1. Januar 2006 aufgenommen. Umsatzzahlen für vorausgehende Jahre könne sie nicht nennen; das gelte auch für die Vorlage von Geschäftsberichten, Gewinn- und Verlustrechnungen sowie Bilanzen. Ihr Geschäftsbereich sei deckungsgleich mit dem des Unternehmensbereiches 1 ... der ... Sie trete - mit Zustimmung der jeweiligen Auftraggeber - in die bestehenden Verträge der ... ein.

Die Auftraggeberin kam nach Prüfung der Nachweise zu dem Ergebnis, dass drei Bewerber nicht die Auswahlkriterien erfüllen.

Die Auftraggeberin übersandte den übrigen fünf Bewerbern - darunter die Antragstellerinnen und die Beigeladene - die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere Ingenieurvertrag, Leistungsbeschreibung, Bietererklärungen - u.a. zum Personal/Qualifikation des vorgesehenen Personals -, und forderte sie zur Angebotsabgabe auf.

Nach dem Ingenieurvertrag ist der Auftragnehmer (AN) Sachverwalter der Auftraggeberin. Er hat die Qualität der Planungsleistungen zu überwachen und darauf zu achten, dass der Generalunternehmer (GU) seine Arbeiten nach der von der Auftraggeberin freigegebenen Entwurfs- und nach der vom Ministerium ... des Landes Brandenburg bestätigten Ausführungsplanung ausführt. Er ist verpflichtet, als Ansprechpartner sich mit allen Projektbeteiligten abzustimmen.

Die Leistungsbeschreibung sieht u.a. die Mitwirkung des AN bei der Abstimmung der GU-Ausschreibungen vor, die Prüfung der vom GU erstellten Ausführungsplanung auf vertragliche Konformität und Realisierbarkeit sowie das Durchstellen sämtlicher Anweisungen der Auftraggeberin an den GU.

Den Zuschlag sollte das wirtschaftlichste Angebot anhand folgender Bewertungsmatrix erhalten: Preis/Honorar (35 %), Personal/Qualifikation (45 %), Kompetenz zur Termin- und Kostenverfolgung (10 %) und Konzept zur Erbringung der erforderlichen Leistung (10 %).

Während der bis zum 28. Juni 2006 laufenden Angebotsfrist ergab sich bei den Bietern eine Vielzahl von Fragen, auf die die Auftraggeberin antwortete. Sie stellte allen Bietern den Fragenkatalog und die Antworten zur Verfügung.

Nach der Klarstellung der Auftraggeberin zur Bieteranfrage Nr. 4.2.1 (Bl. 198 VA) hat der AN die im Betriebstagebuch durch die GU festgehaltenen Angaben auf Richtigkeit zu prüfen, nach der Klarstellung zur Bieteranfrage 4.2.4 (Bl. 199 VA) darauf zu achten, dass die vom GU durchgeführten Arbeiten den Richtlinien der ... entsprechen. Die Antwort der Auftraggeberin auf die Anfrage Nr. 5.6 (Bl. 184 VA) stellt klar, dass die Einzelnachweise für die Qualifikation des Personals nochmals den Angebots-

unterlagen beizufügen sind. Im Rahmen ihrer Klarstellung Nr. 7.1 (Bl. 160 VA) ergänzte die Auftraggeberin dieses Leistungsbild des Generalplaners entsprechend seinem Auftrag. Die Anfrage Nr. 10.2 (Bl. 102 VA), ob aus der dem AN für die Bauüberwachung übergeordneten Funktion des Generalplaners geschlossen werden könne, dass er nicht zur Abgabe eines Angebotes für die Bauüberwachung aufgefordert worden sei, antwortete die Auftraggeberin: „Der Auftraggeber wird sich an die einschlägigen Vergabevorschriften halten.“

Alle fünf Bieter gaben ein Angebot ab. Im Eröffnungstermin am 28. Juni 2006 wurden die Angebotssummen festgestellt. Wegen erheblicher Abweichungen bei den Angebotspreisen forderte die Auftraggeberin mit Schreiben vom 3. Juli 2006 die Bieter auf, ihre Kalkulation zu erläutern.

Die Beigeladene antwortete mit Schreiben vom 6. Juli 2006 (Bl. 317 VA). Sie teilte der Auftraggeberin mit, sie habe in ihrem Angebot außergewöhnlich günstige Bedingungen bei der Durchführung des Auftrages berücksichtigen können. Ihre Leistungserbringung im Auftragsfall sei in Verbindung mit dem bestehenden Vertragsverhältnis durch die zeitgleiche Bearbeitung der Bauoberleitung und der örtlichen Bauüberwachung flexibler und wirtschaftlicher. Von den Versicherungen würden ihr günstigere Konditionen eingeräumt als einem Dritten, der einen neuen Vertrag schließen müsste. Diesen Preisvorteil habe sie in ihrem Angebot berücksichtigt. Darüber hinaus sei berücksichtigt, dass sie die komplette Begleitung aus einer Hand erbringe. In die Kalkulation habe man beispielsweise die Nutzung der internen Kommunikation aus der Bearbeitung der Bauoberleitung für Belange der örtlichen Bauüberwachung einfließen lassen. Preisreduzierende Einflüsse ergäben sich aus detaillierten Vorkenntnissen zum Projekt. So entfielen bei Mitarbeitern die Einarbeitungszeit. Diese seien auch mit den verwaltungstechnischen Vorgängen und Überwachungslisten für die vorgezogenen Maßnahmen der Bauwasserüberleitung vertraut, sodass fundierte Vorkenntnisse für die örtliche Bauüberwachung gegeben seien. Sie meinte, dass sie mit diesen Informationen ihren Kalkulationsansatz und den aus ihrer Sicht ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis schlüssig und nachvollziehbar der Auftraggeberin darlegt habe.

Die Auftraggeberin führte am 6. Juli 2006 mit allen Bietern Bietergespräche. Im Ergebnis dieser Gespräche wurde allen Bietern die Möglichkeit der Optimierung ihrer Angebote gegeben.

Die Öffnung der optimierten Angebote erfolgte am 10. Juli 2006. In dem von der ... unter dem 14. Juli 2006 erstellten Vergabevorschlag wird festgestellt, dass die Beigeladene unter Auswertung aller Kriterien das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Die Antragstellerin zu 1. belegte im Rahmen der Bieterreihenfolge nach gewichteter Punktzahl Rang 4, die Antragstellerin zu 2. Rang 2.

Die Auftraggeberin schloss sich in ihrem Vergabevermerk vom 17. Juli 2006 dem Vorschlag der ... an. In dem Vermerk wird ausgeführt, dass die Beigeladene im Rahmen ihrer Generalplanerleistungen die Vor-, Entwurfs-, Genehmigungs- und Ausführungsplanung weitgehend erstellt und dadurch Einblick in das Projekt ... gewonnen habe. Zum Ausgleich dieses Informationsvorsprungs der Beigeladenen gegenüber den anderen Bietern seien Planungsinformationen und Unterlagen wie Baugrundgutachten, Entwurfsplanung etc. zur Verfügung gestellt worden. Weiterhin sei bei der Vergabestelle ein DATA-Room eingerichtet worden, in den sämtliche Planungsunterlagen eingestellt worden seien. Als weitere Maßnahme sei durch die Klarstellung Nr. 7.1 vom 22. Juni 2006 der Inhalt der Leistungsbeschreibung zur Beauftragung des Generalplaners mit der Bauoberleitung mitgeteilt worden.

Zum Angebot der Beigeladenen heißt es, die Preiskalkulation lasse keine wettbewerbswidrigen Vorteile hinsichtlich einer Übernahme der Bauoberleitung erkennen, da das angebotene Personal für die örtliche Bauüberwachung und Bauoberleitung getrennt eingesetzt wird.

Die Zuverlässigkeit der Beigeladenen sei nach Ansicht der Auftraggeberin gegeben, da das eingesetzte Personal über die Erfahrung im Bereich von Großbaustellen, insbesondere im Bereich des ... verfügt. Eine etwaige Überschneidung des eingesetzten Personals im Rahmen der Bauoberleitung und der örtlichen Bauüberwachung sowie bei der Erstellung der Planungsleistungen der Phasen 1 - 5 führe zu keiner anderen Betrachtung, da ein derartiger Einsatz bei Bauvorhaben in Deutschland üblich sei. Darüber hinaus gehe gemäß den Festlegungen in § 55 Nr. 8 HOAI der Gesetzgeber davon aus, dass eine Zusammenlegung von Bauoberleitung und örtlicher Bauüberwachung möglich sei.

Mit inhaltlich gleich lautenden Schreiben vom 21. Juli 2006 informierte die Auftraggeberin die Antragstellerin zu 1. und 2., dass ihre Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, weil sie nicht die wirtschaftlichsten im Sinne der Wertungskriterien abgegeben hätten. Es sei beabsichtigt, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben vom 25. Juli 2006 rügte die Antragstellerin zu 2., dass die Beigeladene bereits Generalplaner des Projektes sei. Infolgedessen hätte sie erhebliche Vorteile bei der Erstellung des Angebotes gehabt. Ihre Teilnahme stelle eine Wettbewerbsverzerrung dar. Die Beigeladene sei im Markt der Bauüberwachungsleistungen für ... nicht bekannt, sie könne deshalb nicht die strengen Eignungsanforderungen erfüllen. Schließlich sei es der Beigeladenen nicht möglich, die nachgefragte Leistung zu erbringen, denn sie würde sich selbst kontrollieren. Nach der Leistungsbeschreibung müsse der Bauüberwacher die Ausführungsplanung des Generalplaners überprüfen.

Die Antragstellerin zu 1. beanstandete mit Schreiben vom 28. Juli 2006 ebenfalls die beabsichtigte Beauftragung der Beigeladenen mit der Überwachung der von ihr erbrachten Planungsleistungen und bezweifelte in diesem Zusammenhang ihre Eignung für den Auftrag. Darüber hinaus rügte sie die Berücksichtigung des Kriteriums „Personal/Qualifikation des vorgesehenen Personals“ bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes. Es handele sich hierbei um ein Eignungskriterium, welches im Rahmen der Angebotswertung nicht ein weiteres Mal berücksichtigt werden dürfe.

Die Antragstellerinnen haben mit am 1. August 2006 bei der Vergabekammer eingegangenen Schriftsätzen Nachprüfungsanträge gestellt.

Die Antragstellerinnen begründen ihre Anträge im Wesentlichen unter Zugrundelegung ihrer Argumentation in ihren Rügeschreiben vom 25. und 28. Juli 2006.

Die Antragstellerin zu 1. beantragt,

1. der Auftraggeberin wird untersagt, in dem Vergabeverfahren „Ingenieurleistungen zur Bauüberwachung ... den Zuschlag an die Bietergemeinschaft ... zu erteilen,
2. der Auftraggeberin wird aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,

3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten aufseiten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt,
4. die Auftraggeberin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerin zu 2. beantragt,

1. die Vergabeentscheidung der Auftraggeberin aufzuheben und diese zu verpflichten, die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. der Auftraggeberin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin notwendig war.

Die Auftraggeberin beantragt,

1. die Nachprüfungsanträge zurückzuweisen,
2. die beantragte Akteneinsicht zu versagen,
3. den Antragstellerinnen die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Auftraggeberin aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Auftraggeberin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Auftraggeberin meint, die Nachprüfungsanträge seien unzulässig, weil die Antragstellerinnen ihre Rügepflichten verletzt hätten. Die Rüge der Beteiligung des Generalplaners als Bieter am Vergabeverfahren sei aufgrund der Klarstellung der Auftraggeberin vom 22. Juni 2006 auf die Bieteranfrage Nr. 10.2 verspätet. Die Rüge sei auch unbestimmt, weil sich aus ihr nicht entnehmen lasse, woraus sich der vermeintliche Wettbewerbsvorteil ergebe und warum der Bestbieter Vorteile bei der Angebotserstellung gehabt habe. Die Nachprüfungsanträge seien auch unbegründet. Ein Ausschlussgrund ergebe sich weder aus § 4 Abs. 5 VgV noch aus § 91 Abs. 1 und 2 GWB, da es sich hierbei nicht um Ausschlussnormen handele. Auch beinhalte § 97 Abs. 4 GWB keinen zwingenden Ausschlussgrund, da die Eignung in das Ermessen der Auftraggeberin gestellt sei. Die Auftraggeberin habe in jeder Phase des Vergabeverfahrens das ihr zustehende Ermessen mit größtmöglicher Sorgfalt ausgeübt. Der Bestbieter habe infolge der von der Auftraggeberin getroffenen Maßnahmen weder einen Informationsvorsprung noch einen Wettbewerbs- bzw. Kalkulationsvorteil. Der Bestbieter sei in jeder Hinsicht zuverlässig und leistungsfähig.

Die Vergabekammer hat durch Beschluss vom 21. August 2006 die Verfahren der Nachprüfungsanträge der Antragstellerin zu 1. und 2. zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden und die nach der Entscheidung der Auftraggeberin begünstigte Bieterin beigegeben.

Die Beigeladene hat sich mit Schriftsätzen vom 6. und 7. September 2006 eingelassen. Ihre Argumentation deckt sich im Wesentlichen mit dem Vortrag der Auftraggeberin. Die Beigeladene meint, dass die Rüge der Antragstellerin zu 2. nicht unverzüglich erfolgt sei. Sie beruft sich in diesem Zusammenhang auf die eidesstattliche Versicherung des ... vom 6. September 2006 der ... Herr ... gibt in seiner eidesstattlichen Versicherung an, dass er Anfang Juni während eines Telefonates mit Herrn ... auf seine Bewerbung ... angesprochen worden sei. Er habe ihm auf seine Frage, ob er in der gleichen Konstellation wie beim Planungsauftrag berücksichtigt sei, dies bestätigt. In der 24./25. KW habe ihn Frau ... angerufen. Frau ... habe dabei bemerkt, sie hätte von Herrn ... die Mitteilung bekommen, dass sie zusammen mit ... und ... präqualifiziert seien.

Der Antragstellerin zu 1. wurde am 25. August 2006, der Antragstellerin zu 2. mit Schreiben der Vergabekammer vom 28. August 2006 und der Beigeladenen mit Schreiben vom 5. September 2006 unter Beachtung von Geschäftsgeheimnissen durch Übersendung der Angebotsauswertung Akteneinsicht gewährt.

In ihrem Schriftsatz vom 30. August meint die Antragstellerin zu 1., ihre Rüge am 28. Juli 2006 sei nach Erhalt des Informationsschreibens vom 21. Juli 2006 rechtzeitig erfolgt. Die Antwort der Auftraggeberin auf die Bieteranfrage vom 22. Juni 2006 sei nicht geeignet gewesen, bei ihr die Verpflichtung zur Rüge auszulösen. Auch sei ihre Antragsbefugnis gegeben, weil bei einer Wertungswiederholung nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich die Platzierung der Bieter verschiebe. Der Vortrag der Auftraggeberin vom 18. August 2006 sei nicht geeignet, die Begründetheit infrage zu stellen. Darüber hinaus wird erweiterte Akteneinsicht in die Angebotsauswertung beantragt, weil nach deren Vergabevermerk Grund für die Annahme besteht, dass die Auskömmlichkeit der Preise nicht plausibel begründet und die Wertungskriterien nicht ordnungsgemäß angewandt worden seien.

Die Antragstellerin zu 2. vertieft in ihrem Schriftsatz vom 4. September 2006 ihr Vorbringen aus ihrem Nachprüfungsantrag vom 1. August 2006. Lediglich hilfsweise wird für den Fall, dass das Angebot der Beigeladenen nicht ausgeschlossen werden sollte, vorgetragen, dass die Wertung des Angebotes der Antragstellerin zu 2. ermessensfehlerhaft und vergaberechtswidrig sei. Im Hinblick auf die in einem eingeschränkten Umfang gewährte Akteneinsicht wird weitere Einsichtnahme in die Vergabeakten beantragt.

In der mündlichen Verhandlung am 8. September 2006 hatten die Beteiligten umfassend Gelegenheit, ihren Standpunkt darzustellen.

Auf die Vergabeakten sowie die eingereichten Schriftsätze der Beteiligten wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die angerufene Vergabekammer des Landes Brandenburg ist für die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag zuständig (§ 104 Abs. 1 GWB). Aus der Belegenheit des ... im Land Brandenburg und wegen der Benennung der Vergabekammer des Landes Brandenburg in der Vergabebekanntmachung ist die beabsichtigte Auftragsvergabe dem Land Brandenburg zuzurechnen.

[VK Brandenburg, Beschluss vom 08.09.2006 – 2 VK 34/06](#)

Die Auftraggeberin zählt zu den Sektorenauftraggebern i.S.v. § 98 Nr. 4 GWB. Sie wird als ... im Sinne der ... auf dem Gebiet des Verkehrswesens tätig. Gesellschafter sind ausschließlich der ... und die Länder ... und Brandenburg, die ihrerseits Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB sind und die die Mehrheit des Stammkapitals halten (vgl. Art. 7 b) der Richtlinie 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, Anhang X). Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1, § 8 Nr. 4 a) VgV i.V.m. § 1 Abs. 1 und 2 VOL/A-SKR hat sie den 4. Teil der VOL/A anzuwenden.

Der Wert der streitgegenständlichen Bauüberwachungsleistungen, die als Leistungen nach ... zu qualifizieren sind, überschreitet den nach § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 1 VgV maßgeblichen Schwellenwert von 400.000,00 EUR erheblich.

Die Antragstellerinnen sind antragsbefugt. Sie haben schlüssig dargelegt, dass vergaberechtliche Vorschriften im bisherigen Vergabeverfahren verletzt worden sein sollen und ihnen infolgedessen ein Schaden zu entstehen droht, § 107 Abs. 2 S. 2 GWB (BGH Beschluss vom 18. Mai 2004 - X ZB 7/04, IBR 2004, 448; OLG Brandenburg, Beschluss vom 30. August 2005 - Verg W 7/05).

Gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 GWB ist der Antrag auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens unzulässig, soweit ein Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabebestimmungen bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Die Rügeobliegenheit besteht für die dem Antragsteller des Nachprüfungsverfahrens bekannten Vergabefehler.

Erforderlich ist zum einen die Kenntnis von denjenigen Tatsachen, aus denen sich ein (tatsächlicher oder vermeintlicher) Vergabefehler ergibt; notwendig ist außerdem die zumindest laienhafte rechtliche Wertung des Antragstellers, dass es sich in den betreffenden Punkten um ein rechtlich zu beanstandendes Vergabeverfahren handelt. Dabei sind an den Inhalt der Rüge keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Die verletzte Norm muss nicht im Einzelnen angegeben werden. Die Rüge muss auch nicht als Rüge bezeichnet werden, solange sie sich ihrem Inhalt nach als solche darstellt und die Mitteilung so hinreichend bestimmt ist, dass die Vergabestelle in die Lage versetzt wird, den beanstandeten Fehler zu erkennen und zu beheben.

In zeitlicher Hinsicht ist der Vergabeverstoß „unverzüglich“, das heißt, ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 BGB) anzuzeigen. Welche Zeitspanne insoweit zur Verfügung steht, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen. Die Rüge muss so rechtzeitig erfolgen, wie dies dem Antragsteller mit Rücksicht auf die für die Prüfung und Begründung der Rüge notwendige Zeit möglich und zumutbar ist. Angesichts der kurzen Fristen im Vergaberecht stellt ein Zeitraum von zwei Wochen eine maximale Obergrenze dar, deren Ausschöpfung allenfalls zugestanden werden kann, wenn eine schwierige Sach- und Rechtslage gegeben ist, die die Inanspruchnahme fachkundiger Hilfe erfordert.

Soweit die Antragstellerin zu 1. in ihrem Schreiben vom 28. Juli 2006 die fehlende Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bezüglich des Kriteriums „Personal/Qualifikation des vorgesehenen Personals“ beanstandet, ist diese Rüge im Hinblick auf § 107 Abs. 3 S. 2 GWB nicht mehr unver-

[VK Brandenburg, Beschluss vom 08.09.2006 – 2 VK 34/06](#)

züglichen. Die insoweit gerügte Verletzung von Rechtsvorschriften hätte mit der Angebotserstellung geltend gemacht werden müssen, weil es sich dabei um aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe erkennbare Mängel handelt. Darüber hinaus hatte die Auftraggeberin in ihrer Klarstellung zur Bieteranfrage Nr. 5.6 vom 22. Juni 2006 darauf hingewiesen, dass die Unterlagen zur Beurteilung der Qualifikation des Personals, die bereits im Rahmen des Präqualifikationsverfahrens eingereicht worden waren, den Angebotsunterlagen nochmals beizufügen waren. Auch aus dieser Klarstellung konnte die Antragstellerin zu 1. unmissverständlich entnehmen, dass die Qualifikation des Personals bei der Angebotsbewertung wiederum berücksichtigt wird.

Die darüber hinaus mit Schreiben der Antragstellerinnen vom 25. und 28. Juli 2006 erhobenen Rügen erfüllten - entgegen der Ansicht der Auftraggeberin - die formalen und inhaltlichen Anforderungen des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB. Sie haben klar und deutlich die aus ihrer Sicht begangenen Vergaberechtsverstöße benannt. Ferner haben die Antragstellerinnen unmissverständlich eine Korrektur der Vergabeentscheidung gefordert und die Einleitung weiterer rechtlicher Schritte oder eines Nachprüfungsverfahrens in Aussicht gestellt. Mit diesem Verlangen haben sie in der gegebenen Situation hinreichend deutlich zu erkennen gegeben, dass sie ihre Rechte, die sich für sie aus den beanstandeten Fehlern des Vergabeverfahrens ergeben, ausüben wollen.

Die mit Schreiben der Antragstellerin zu 2. vom 25. Juli 2006 und der Antragstellerin zu 1. vom 28. Juli 2006 erhobenen Rügen erfolgten unverzüglich, weil die Antragstellerinnen erst durch das Informationsschreiben der Auftraggeberin vom 21. Juli 2006 Kenntnis davon erlangten, dass die Beigeladenen in ihrer Funktion als Generalplaner den Zuschlag erhalten sollte. Dieser Sachverhalt war aus der Klarstellung der Auftraggeberin zur Bieteranfrage Nr. 7.1 vom 22. Juni 2006 nicht zu entnehmen. Die Leistungen des Generalplaners wurden in diesem Zusammenhang den Bietern mitgeteilt, um im Rahmen einer Schnittstellenabgrenzung eine Doppelbeauftragung zu vermeiden. Auch die Klarstellung der Auftraggeberin zur Bieteranfrage Nr. 10.2 vom 22. Juni 2006 vermittelte entgegen der Auffassung der Auftraggeberin den Antragstellerinnen keine Kenntnis darüber, dass der Generalplaner zur Angebotsabgabe aufgefordert worden war.

Schließlich führt die eidesstattliche Versicherung des Herrn ... vom 6. September 2006, auf die sich die Beigeladene beruft, zu keiner anderen Beurteilung. § 107 Abs. 3 S. 1 GWB erfordert die positive Kenntnis eines Rechtsverstoßes. Hierzu gehört zum einen das Wissen von denjenigen Tatsachen, aus denen sich der geltend gemachte Vergabefehler ergibt; notwendig ist außerdem die zumindest laienhafte Wertung als Rechtsverstoß. Vermutungen reichen nicht aus.

Die eidesstattliche Versicherung des Herrn ... bezieht sich auf das Präqualifikationsverfahren. Auch wenn die Beigeladene präqualifiziert worden war, führt dieses Ergebnis nicht zwangsläufig zu ihrer Angebotsaufforderung, da die Auftraggeberin in ihrer Bekanntmachung, die Anzahl der Bewerber für die Angebotsabgabe zahlenmäßig begrenzt hatte und die Auftraggeberin zu 2. nicht wusste, welche Bieter für das Verhandlungsverfahren ausgewählt worden waren.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Antragstellerinnen sind in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt, das Angebot der Beigeladenen ist vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Im Ergebnis kann dahinstehen, ob die Beigeladene bereits wegen fehlender Eignungsnachweise im Präqualifikationsverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, weil ihr die zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Zuverlässigkeit fehlt und sie den Wettbewerb der Bieter negativ zu ihren Gunsten beeinflusst hat.

Nach § 97 Abs. 4 GWB werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben.

Für die Bewertung der Zuverlässigkeit eines Bewerbers ist entscheidend, inwieweit die Umstände des einzelnen Falles, zu denen auch ein früheres Verhalten des Bewerbers gehören kann, die Aussage rechtfertigen, er werde gerade die ausgeschriebene Leistung vertragsgerecht erbringen können (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Mai 2002 - Verg 15/01, VergabeE C-10-15/01). Dies stellt sowohl persönliche als auch betrieblich-sachbezogene Anforderungen an den Bieter. Die Vergabestelle hat bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit eine Prognoseentscheidung zu treffen, die nur eingeschränkt justizierbar ist. Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens kann die Vergabekammer lediglich prüfen, ob der Entscheidung der Vergabestelle ein unzutreffender Sachverhalt zugrunde lag oder ob bei der Ausübung des Ermessens Fehler gemacht wurden (OLG Hamburg, Beschluss vom 21. Januar 2000 - 1 Verg 2/99, NVwZ 2001, 714; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Juli 2001 - Verg 16/01, VergabeR 2001, 419).

Typische Fälle von Unzuverlässigkeit eines Bewerbers/Bieters sind mangelnde Sorgfalt bei der Ausführung früherer Arbeiten, schwere Verfehlungen wie Bestechung, Urkunden- oder Vermögensdelikte, Verstöße gegen Bestimmungen des GWB oder das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Nichtabführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen oder Nichtbeachtung von anerkannten Berufspflichten (KG, Beschluss vom 5. September 2000 - KartVerg 15/00, VergabeE C-3-15/00). Solches oder Ähnliches steht hier nicht zur Diskussion.

Der Gesetzgeber des Vergaberechtsänderungsgesetzes ist aber davon ausgegangen, dass die Zuverlässigkeit - ebenso wie die Leistungsfähigkeit und Fachkunde - kein Kriterium ist, dessen Inhalt von vornherein für alle Aufträge feststeht. Für den Auftraggeber besteht hier im Einzelfall ein Bewertungsspielraum (vgl. BT-Drucks. 13/9300 S. 14 zu RegE § 106 Abs. 3 [= § 97 Abs. 4] GWB).

Der Begriff der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit erfasst demgemäß nicht nur negative Verfehlungen der oben beschriebenen Art. Von fehlender Eignung eines Bewerbers kann auch dann gesprochen werden, wenn er bestimmte zusätzliche Anforderungen nicht erfüllt, die der Auftraggeber aus Gründen, die in der Natur der ausgeschriebenen Aufgabe und der mit ihr verfolgten Zwecke liegen, mit Recht zur Voraussetzung für die Auftragsvergabe machen will (KG a.a.O.).

Die Entscheidung der Auftraggeberin genügt diesen Anforderungen nicht. Sie wird dem (unbestimmten) Rechtsbegriff der „Zuverlässigkeit“ der Beigeladenen nicht gerecht und weist erhebliche Defizite auf.

Bereits die von der Auftraggeberin für die Begründung der Zuverlässigkeit der Beigeladenen herangezogene Möglichkeit, nach der HOAI Bauoberleitung und örtliche Bauüberwachung einem Unternehmen zu übertragen, begegnet durchgreifenden Bedenken.

Im Teil VII. der HOAI -Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen - sind die Leistungen der örtlichen Bauüberwachung in § 57 HOAI aufgeführt, die Bauoberleitung hat als Leistungsphase 8 im § 55 Abs. 2 HOAI ihren Niederschlag gefunden. Die HOAI geht also von der getrennten Vergabe beider Leistungen aus, da Bestandteil der Bauoberleitung vor allem die Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung ist. Vergaberechtlich können Bauoberleitung und örtliche Bauüberwachung nicht in einer Person zusammentreffen. Damit würde sich die Beigeladene letztlich selbst überwachen. Aus Rechtsgründen und der damit verbundenen Interessenkollision ist dies ausgeschlossen. Deshalb entfällt die Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung, wenn sie und die Bauoberleitung in einer Hand liegen (Hesse/Korbion/Mautscheff/Vygen, HOAI, 5. Aufl., § 55 Rz. 9 a).

Im vorliegenden Fall hat sich die Auftraggeberin durch die gesonderte Vergabe der Bauoberleitung im Rahmen des Generalplanervertrages dafür entschieden, diese Leistungen, die die Aufsicht über die Bauüberwachung umfassen, getrennt von den hier ausgeschriebenen Leistungen zu vergeben.

Andernfalls würde sie die vom Ordnungsgeber der HOAI nicht gewollte Eigenüberwachung umgehen. Zweifel an der Zuverlässigkeit der Beigeladenen und damit eine negative Prognose sind bei einer Gesamtschau auch aufgrund folgender Umstände gerechtfertigt:

Bei einem Langzeitvertrag von sechs Jahren über die örtliche Bauüberwachung treten oft unvorhergesehene und unvorhersehbare Probleme, Gefahren und sonstige Schwierigkeiten auf. Das erfordert erfolgsorientiertes Zusammenwirken zwischen Auftraggeberin bzw. Generalplaner und Bauüberwacher, das durch wechselseitige Abhängigkeiten beeinträchtigt wird. Das nach der Leistungsbeschreibung dem Bauüberwacher übertragene Anordnungsrecht gegenüber dem Generalplaner im Zusammenhang mit Arbeitsunterbrechungen, Festlegung des Arbeitsbeginns und den Baufeldübergaben könnte bei der Übertragung der Bauüberwachung auf den Generalplaner ausgehebelt werden. Divergierende Meinungen im Rahmen der Planung und Überwachung über die Vertragsgemäßheit der Bauleistungen sowie Erfüllungshindernisse würden entweder nicht geklärt oder könnten zu Ungunsten der Auftraggeberin entschieden werden. Dies spricht dafür, nur solche Unternehmen als zuverlässig am Wettbewerb teilhaben zu lassen, bei denen die Gefahr der Interessenkollision nicht besteht (VK Brandenburg, Beschluss vom 11. Juli 2006 - 1 VK 25/06).

Der Beigeladenen ist darüber hinaus der Vorwurf wettbewerbsbeschränkenden und unlauteren Verhaltens zu machen.

Gemäß § 97 Abs. 1 GWB müssen sich öffentliche Auftraggeber Dienstleistungen im Wettbewerb beschaffen. Dieser positiven Aussage des Gesetzes entspricht die mit einer Negation arbeitende Formulierung, dass öffentliche Auftraggeber Wettbewerbsverfälschungen oder „wettbewerbswidrige Vergabepraktiken“ (Ausdruck von Dreher, in: Immengau/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 3. Aufl., § 97 Rz. 18) nicht zulassen und erst recht nicht ihnen Vorschub leisten dürfen. Denn das auf die Ermittlung des nach Leistung, Qualität und Preis wirtschaftlichsten Angebotes ausgerichtete Wettbewerbsprinzip ist auf eine möglichst ungestörte Preisbildung am Markt angewiesen.

Der in § 97 Abs. 1 GWB normierte Schutz der wettbewerblichen Vergabe ist weit und umfassend zu verstehen; der Wettbewerb soll gegen alle Beeinträchtigungen geschützt werden, die ihm von verschiedenen Seiten drohen. Deshalb hat der öffentliche Auftraggeber die weitreichende Verpflichtung,

„stets dafür zu sorgen, dass echter, unverfälschter Wettbewerb hergestellt wird und erhalten bleibt“ (Roth in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, § 2 Rz. 7).

Die Sicherung des Wettbewerbs dient auch dem Schutz der Bieter vor Willkür des öffentlichen Auftraggebers und ist daher in der Regel als subjektives Verfahrensrecht der Bieter im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB anzusehen (vgl. Boesen, Vergaberecht, § 97 Rz. 12). Hiernach sind wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen der Bieter und der öffentlichen Auftraggeber unzulässig.

Eine Wettbewerbsverfälschung kann auch darin bestehen, dass ein Bieter auf Vorkenntnisse und Erfahrungen aus einem früheren oder bestehenden Auftrag aufbauend ein den anderen Mitbewerbern nicht mögliches Angebot machen kann. Dieser Bieter besäße dann für den ausgeschriebenen Auftrag einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung gegenüber seinen Mitbietern (Kullack in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, § 97 Rz. 11).

Der Beigeladenen ist hier der Vorwurf zu machen, dass sie ihre Funktion als Generalplaner dahingehend ausgenutzt hat, um andere Mitbieter aus dem Wettbewerb zu verdrängen.

Die Auftraggeberin trifft der Vorwurf, dass sie das wettbewerbswidrige Angebot der Beigeladenen gewertet hat.

Folgende Umstände sprechen dafür, dass bei der Kalkulation des Angebotes der Beigeladenen wettbewerbswidrige Vorteile berücksichtigt wurden.

Durch die zeitgleiche Bearbeitung der Bauoberleitung und der örtlichen Bauüberwachung kann die Leistungserbringung der Beigeladenen im Auftragsfall flexibler und wirtschaftlicher erfolgen. So werden ihr von den Versicherungen günstigere Konditionen eingeräumt als einem Dritten, der einen neuen Vertrag abschließt. Aufgrund ihrer guten Projektkenntnisse ergeben sich Zeitersparnisse beim Abstimmen der Planungsrandbedingungen, Preisreduzierungen wegen Wegfalls der Einarbeitungszeiten für viele Mitarbeiter und durch eine optimale Personaleinsatzplanung. Aus der Leistungserbringung der Bauoberleitung für die vorgezogene Bauwasserüberleitung muss sich die Beigeladene keine neuen Verfahrensweisen aneignen.

Die Ausnutzung ihrer Funktion als Generalplaner bei der Kalkulation des Angebotes der Beigeladenen stellt sich als erheblicher Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Bietern dar. Die Auftraggeberin hat die wettbewerbswidrige Verhaltensweise der Beigeladenen trotz umfassender schriftlicher Information nicht zur Kenntnis genommen und in die Wertung der Angebote einfließen lassen.

Nach Auffassung der Vergabekammer ist in einem derart krassen Fall der Wettbewerbsverfälschung die Auftraggeberin zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen vom Wettbewerb auszuschließen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 S. 1 GWB.

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem wirtschaftlichen und personellen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprü-

fungsverfahrens. Für die wirtschaftliche Bedeutung ist regelmäßig die geprüfte Summe (brutto) im Angebot des Bieters der maßgebliche Gesichtspunkt. Denn diese bildet die Gegenleistung, die der Auftraggeber im Fall des Zuschlages zu erbringen bereit wäre und für die der Bieter seiner objektiven Erklärung zufolge den Auftrag ausführen will (BayObLG, Beschluss vom 13. April 2004 - Verg 5/04). Die Angebotssumme der Antragstellerin liegt unterhalb von ... EUR. Entsprechend der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes vom 1. Januar 2003, die zur Gewährleistung einer einheitlichen Handhabung und zur Sicherstellung von Transparenz anzuwenden ist, erscheint für das Verfahren - 2 VK 34/06 - eine Gebühr in Höhe von ... EUR und für das Verfahren - 1 VK 35/06 - in Höhe von ... EUR, insgesamt in Höhe von ... EUR als angemessen.

Die Beigeladene hat weder eigene Anträge gestellt noch zu den entscheidungserheblichen Fragen intensiv Stellung genommen und ist daher nicht als unterliegende Beteiligte anzusehen.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin zu 1. und 2. war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich im Zusammenhang mit den von den Antragstellerinnen erhobenen Rügen Rechtsfragen, deren Komplexibilität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung erforderlich gemacht haben.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Brandenburgischen Oberlandesgericht, GertrudPiter-Platz 11, 14770 Brandenburg, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 117 Abs. 3 GWB).

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten (§ 117 Abs. 4 GWB).

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern (§ 118 Abs. 1 GWB).

Gemäß § 6 Abs. 1 der Geschäftsordnung der Vergabekammern des Landes Brandenburg vom 30. Juni 1999, Amtlicher Anzeiger S. 898, ist die Unterzeichnung des Beschlusses durch den ehrenamtlichen Beisitzer nicht erforderlich.

[VK Brandenburg, Beschluss vom 08.09.2006 – 2 VK 34/06](#)