

Aktenzeichen: 1 VK 19/06
Verkündet am 27. April 2006

**VERGABEKAMMER
BADEN-WÜRTTEMBERG
beim Regierungspräsidium Karlsruhe**

Beschluss

Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

Die bei der Vergabekammer entstandenen Verfahrenskosten sowie die der Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen hat die Antragstellerin zu tragen. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.

Die bei der Vergabekammer entstandenen Verfahrenskosten werden auf ... € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin, die A., hat im Rahmen des Neubaus der Bodenseetherme das Gewerk Zimmer- und Holzbauarbeiten II europaweit im offenen Verfahren ausgeschrieben. Es handelt sich hierbei um das Anbringen der Holzbekleidung der Decke einschließlich der Werkstattplanung. Die Kostenschätzung der Antragsgegnerin belief sich auf ... €/brutto.

Lediglich die Antragstellerin und die Beigeladene hatten Angebote abgegeben. Die Antragsgegnerin beabsichtigt, der Beigeladenen den Auftrag zu erteilen, deren Angebotspreis sich nach rechnerischer Prüfung auf ... €/brutto beläuft. Der Angebotspreis der Antragstellerin liegt bei ... €. Sie hatte dies der Antragstellerin mit Schreiben vom 24.3.2006 mitgeteilt.

Gegen die beabsichtigte Auftragsvergabe wendet sich die Antragstellerin mit ihrem am 7.4.2006 eingereichten Nachprüfungsantrag, nachdem ihre zuvor am 29.3.2006 erhobene Rüge keinen Erfolg hatte.

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.04.2006 – 1 VK 19/06

Der von der Beigeladenen angebotene Preis sei nicht auskömmlich. Die Antragsgegnerin verstoße deshalb mit der beabsichtigten Auftragsvergabe gegen § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A. Danach dürfe auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis ein Zuschlag nicht erteilt werden.

Weiter sei gegen Vergaberecht verstoßen worden, weil die Antragsgegnerin bezüglich des Angebots der Beigeladenen keine vertiefte Prüfung hinsichtlich des Vorliegens eines Unterangebots vorgenommen habe. Eine solche Prüfung sei geboten, wenn der Preisunterschied zwischen erst- und zweitplatziertem Bieter 10 bis 20% betrage.

Und schließlich sieht die Antragstellerin darin einen Vergabefehler darin, dass der Zuschlag an die Beigeladene erteilt werden soll, obwohl diese nicht über die für die Ausführung der Leistung erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verfüge.

Die Beigeladene sei nicht geeignet, weil sie in ihrem Betrieb über keine Mitarbeiter verfüge, um die ausgeschriebene Leistung erfüllen zu können. Außer der Inhaberin gebe es keine Beschäftigten. Der Auftrag erfordere eine hohe Leistungsfähigkeit in Bezug auf Personal und Geräten, die nicht gegeben sei. Außerdem erreiche die Auftragssumme mindestens das Doppelte des Jahresumsatzes der Beigeladenen, so dass auch deshalb Bedenken an der Leistungsfähigkeit bestünden.

Die Antragstellerin beantragt deshalb in der Sache,

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag im offenen Verfahren bezüglich des Bauvorhabens "... " bezüglich des Gewerks "Zimmerer- und Holzbauarbeiten II" an die Bieterin Firma B., zu erteilen.
2. Die Antragstellerin wird verpflichtet, die Wertung unter Ausschluss des Angebots der Firma B., zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin hingegen sieht keine Gründe, der beigeladenen C. den Auftrag nicht zu erteilen.

Der Angebotspreis der Beigeladenen, der über der eigenen Kostenschätzung liege, sei auskömmlich.

Der Bewerber sei auch in der Lage, den Auftrag auszuführen. Die Referenzen seien geprüft worden. Bei der im Oktober 2005 in Betrieb genommenen K.therme sei von

[VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.04.2006 – 1 VK 19/06](#)

der Beigeladenen eine vergleichbare Leistung mit vergleichbarem Auftragsvolumen abgewickelt worden. Die Beigeladene habe die geforderten Nachweise vorgelegt und die Betriebsgröße mit ihrem Schreiben vom 27.1.2006 dargestellt. In diesem Schreiben führte die Beigeladene aus, dass sie projektbezogen mindestens sechs Mitarbeiter einsetzen werde, wie in der Vergangenheit praktiziert. Sie benannte außerdem drei Personen, die für die einzelnen Bereiche verantwortlich seien.

Mit Beschluss der Vergabekammer vom 11.4.2006 war die C., zum Verfahren beige-laden worden.

Aufgrund der erbetenen Stellungnahme führt sie aus, dass es sich bei ihr um die zum 1.1.2005 gegründete Nachfolgefirma der Firma ... handle, die Insolvenz habe anmelden müssen.

Der Neustart habe nur mit ihr und ihrem Ehemann als fest eingestelltem Tischlermeister und Werkstattleiter begonnen. Projektbezogen würden zusätzliche Mitarbeiter eingestellt. So sei man auch beim Projekt K.therme in ... verfahren bei dem genau die gleichen Deckenplatten gefertigt und geliefert worden seien, wie jetzt in ... geplant. Die Preise seien mit denen in ... vergleichbar und durchaus auskömmlich.

Die Beigeladene verweist auf weitere in den vergangenen Jahren durchgeführte vergleichbare Projekte, die stets zur Zufriedenheit und termingerecht durchgeführt worden seien. In all diesen Fällen sei zur Montage vor Ort auf Subunternehmer zurückgegriffen worden, zum Teil auch für die Werkstattfertigung. Letzteres nicht in den Fällen ... und Auch für das Projekt ... solle diese Praxis Anwendung finden. Dazu werde die mit modernsten Maschinen ausgestattete Werkstatt genutzt. Sie bietet die Einnahme eines Augenscheins ihrer Betriebsräume an.

Der Jahresumsatz 2005 habe ... € betragen. Für 2006 seien moderate ... € geplant gewesen. Der werde allerdings höher ausfallen, da sie von der ... AG einen weiteren Auftrag für ca. 180 m² Holzdeckenverkleidung erhalten habe, was fast zu einer Verdoppelung des für 2005 geplanten Umsatzes führe. Auch hier sei die Fertigung und Lackierung mit eigenen Mitarbeitern und die Montage mit Subunternehmern geplant.

Zur Zeit beschäftige man 6 Mitarbeiter, was aus den vorgelegten Lohnsteueranmeldungen für die Jahre 2005 und 2006 ersichtlich sei.

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.04.2006 – 1 VK 19/06

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze verwiesen.

Die Vergabeakten der Antragsgegnerin waren Gegenstand des Verfahrens.

Nachdem die Beigeladene erklärt hatte, an der mündlichen Verhandlung nicht teilzunehmen und sich die übrigen Beteiligten mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt hatten, konnte nach Lage der Akten entschieden werden.

II.

Der Antrag ist als unzulässig bzw. unbegründet zurückzuweisen.

1. Soweit die Antragstellerin geltend macht, dass die Antragsgegnerin entgegen

§ 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A keine Ermittlungen über die Angemessenheit des von der Beigeladenen angebotenen Preises angestellt habe, obwohl dieser Preis unangemessen niedrig erscheinen musste, ist der Antrag bereits unzulässig.

Nach § 108 Abs. 1 GWB ist ein Nachprüfungsantrag schriftlich einzureichen. Er ist unverzüglich zu begründen. Der Sachverhalt mit den sich hieraus ergebenden Rechtsverletzungen ist darzulegen. Dabei sind zwar keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Die Sachverhaltsdarstellung hat aber doch so konkret zu sein, dass sich hieraus substantiiert eine Verletzung von Vergabevorschriften ergibt. Durch diese Bestimmung soll der Auftraggeber davor geschützt werden, mit Anträgen ins "Blaue hinein" konfrontiert zu werden (Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, GWB, § 108 Rdn. 9).

Im vorliegenden Fall genügt die Antragsbegründung diesen Vorgaben ganz offensichtlich nicht. Von der Antragstellerin wird "ins Blaue hinein" behauptet, dass die Antragsgegnerin keine Ermittlungen bezüglich der Auskömmlichkeit vorgenommen habe, ohne dass sich dies schlüssig und nachvollziehbar aus dem Sachverhalt ergibt.

Der Antrag ist deshalb zu diesem Punkt unzulässig.

Es braucht folglich nicht weiter darauf eingegangen zu werden, ob überhaupt die Voraussetzungen vorlagen, der Frage der Nichtauskömmlichkeit des Angebots der

[VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.04.2006 – 1 VK 19/06](#)

Beigeladenen nachzugehen, nachdem die Antragsgegnerin die Auftragssumme niedriger geschätzt hat, als von der Beigeladenen letztlich angeboten.

Es braucht auch nicht darauf eingegangen zu werden, ob es sich bei der Vorschrift des § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A überhaupt um eine die Konkurrenten schützende Norm handelt oder mit dieser Bestimmung nur der Bieter geschützt werden soll, dessen Angebot mangels Auskömmlichkeit ausgeschlossen werden soll.

2. Soweit die Antragstellerin geltend macht, dass das Angebot der Beigeladenen von der Antragsgegnerin mangels Auskömmlichkeit vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, ist der Antrag unbegründet.

So wird vertreten und dem folgt im Grundsatz auch die Kammer, dass § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A bzw. § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A, wonach auf ein Angebot, das in offenbarem Missverhältnis zur Leistung steht, ein Zuschlag nicht erteilt werden darf, lediglich dem Schutz der Vergabestelle dient. Die Regelungen sollen dazu dienen, spätere Schäden der Vergabestelle zu verhindern, weil der Auftragnehmer, der einen unangemessen niedrigen Preis anbietet, den Auftrag möglicherweise nicht oder nicht ordnungsgemäß ausführt. Diese Vorschriften bezwecke nicht, den Konkurrenten zu schützen, so dass der sich nicht auf deren Verletzung berufen könne (Daub/ Eberstein, VOL/A § 25 Rdn. 36, Heiermann/Riedl / Rusam, VOB § 25 Rdn. 48; VK Bund, Beschluss vom 30.6.1999, VK A - 12/99; OLG Rostock NZBau 2001,286; OLG Bayern VergabeR 2001, 65; OLG Düsseldorf, VergbeR 2001, 128 und Beschluss vom 4.9.2002 Verg 37/02; a. A. OLG Celle NZBau 2000, 105).

Es würde zudem ein Verstoß gegen das für die Auslegung der §§ 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A bzw. 25 Nr. 2 Nr. 3 VOL/A verbindliche europäische Richtlinienrecht bedeuten, wenn man einen Auftraggeber verpflichten würde, nur auskömmliche oder kostendeckende Preise der Bieter zu akzeptieren.

Teilweise wird vertreten, dass im Einzelfall allerdings, in Verbindung mit § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A bzw. § 2 Nr. 1 VOB/A, wonach der Auftraggeber wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen zu bekämpfen hat, sich aus § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A und § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A eine Pflicht des Auftraggebers ergebe, Unterangebote zu unterbinden. Dies soll dann gelten, wenn diese Angebote unter Einstandspreis in der zielgerichteten Absicht abgegeben werden oder hierdurch zumindest die Gefahr begründet wird, dass ein oder mehrere bestimmte Wettbewerber ganz vom Markt verdrängt werden, also nicht nur aus einer einzelnen Auftragsvergabe (OLG Düssel-

[VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.04.2006 – 1 VK 19/06](#)

dorf aaO). Diese Auffassung wird auch von der Vergabekammer Baden-Württemberg ständig vertreten (z. Bsp. Beschluss vom 3.11.2004, 1 VK 68/04; Beschluss vom 2.12.2004, 1 VK 74/04 und Beschluss vom 29.4.2005, 1 VK14/05).

Es kann allerdings nicht angenommen werden, unterstellt es würde sich bei dem Angebot der Beigeladenen um ein nicht kostendeckendes Angebot handeln, dass dieses in der zielgerichteten Absicht abgegeben wurde, die Antragstellerin vom Markt zu verdrängen und nicht nur aus der hier anstehenden Auftragsvergabe. Ebenso wenig kann festgestellt werden, dass überhaupt die konkrete Gefahr besteht, dass die Antragstellerin vom Markt verdrängt wird. Das ist schon im Hinblick darauf, dass die ...-Gruppe weltweit rund 2300 Personen beschäftigt und einen Umsatz von mehr als ... € erwirtschaftet auch nicht zu erwarten. Es ist nicht durch prüfbare Tatsachen belegt, dass die Antragstellerin wegen eines eventuellen Unterpreisangebots der Beigeladenen aus vernünftigen wirtschaftlichen Gründen zur Aufgabe ihrer Tätigkeit und zum Marktaustritt gezwungen ist (OLG Düsseldorf aaO).

Auf die Klärung der Frage, ob es sich bei dem Angebot der Beigeladenen tatsächlich um ein nicht kostendeckendes Angebot handelt, kommt es deshalb nicht an.

Zudem fehlt es hierzu seitens der Antragstellerin an einem schlüssigen Vorbringen, das die Vergabekammer in die Lage versetzen würde, diese Behauptung einer näheren Prüfung zu unterziehen (§ 108 Abs. 2 GWB). Allein die Tatsache, dass das Angebot der Antragsteller nahezu doppelt so hoch ist, belegt nicht die Nichtauskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen. Es wäre zum Beispiel auch denkbar, dass das Angebot der Antragstellerin unangemessen hoch ist, wovon zumindest die Antragsgegnerin in ihrem Vergabevermerk vom 6.4.2006 offensichtlich ausgeht.

3. Auch soweit die Antragstellerin die Auffassung vertritt, dass die Beigeladene von der Antragsgegnerin vergabefehlerhaft nicht wegen mangels Eignung ausgeschlossen wurde, kann sich die Vergabekammer dem nicht anschließen.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Beigeladene für die Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags als geeignet anzusehen, ist frei von Vergabebefehlern.

Bei der nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A gebotenen Prüfung, ob die Bieter geeignet sind, handelt es sich um ein weitgehend formloses Verfahren. Der Vergabestelle steht bei ihrer Beurteilung ein subjektiver wie objektiver Beurteilungsspielraum zu. Dieser Ermessens- und Beurteilungsspielraum ist nur eingeschränkt von der Vergabekam-

[VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.04.2006 – 1 VK 19/06](#)

mer überprüfbar und beschränkt sich darauf, ob das Ermessen rechtmäßig, nicht auch darauf, ob es tatsächlich auch zweckmäßig ausgeübt wurde. Die Überprüfung dieser vorausschauenden Wertung durch die Vergabekammer erstreckt sich deshalb lediglich darauf, ob die Vergabestelle die Grenzen ihres Wertungsspielraums durch Ermessens Fehlgebrauch, Ermessensunterschreitung, oder sachfremde Erwägungen verletzt hat. Die Kontrolle bezieht sich demgemäß auf die Frage, ob ein schwerer und offenkundiger Fehler vorliegt. An einem offenkundigen Fehler fehlt es dabei regelmäßig, wenn die Verfahrensweise nicht von vornherein unvernünftig erscheint (OLG Düsseldorf vom 4.9.2002, Verg 37/02; OLG Thüringen vom 15.12.1999, 6 Verg 3/99).

Gemessen an diesem Maßstab kann die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Beigeladene für die Durchführung des Auftrags als geeignet anzusehen, nicht als vergabefehlerhaft, nicht als willkürlich angesehen werden. Die Beigeladene hat allein schon durch die Abwicklung des Projekts "... " gezeigt, dass sie geeignet ist, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen. Hinzu kommt, obwohl es hierauf letztlich nicht mehr ankommt, dass die Vorgängerfirma mehrfach vergleichbare Bauleistungen erbracht hat. Die hierdurch belegte fachliche Eignung konnte die Antragsgegnerin auch berücksichtigen, da der hierfür in erster Linie maßgebende Werksatt- und Projektleiter, Herr ..., sowohl bei der Vorgängerfirma als auch bei der Beigeladenen in identischer Position tätig war bzw. tätig ist (VK Baden-Württemberg vom 13.8.2003, 1 VK 39/03).

Der Umstand, dass beim Beigeladenen wohl nicht ständig sechs Vollzeitkräfte beschäftigt sind, sondern je nach Vorliegen von Projekten die erforderliche Zahl von Mitarbeitern erst eingestellt werden, lässt die Annahme der Eignung nicht als willkürlich erscheinen. Entscheidend ist, ob die Beigeladene die Fähigkeit besitzt, Personal einzustellen, um dann bei Leistungsbeginn die erforderliche Zahl an qualifiziertem Personal bieten zu können (so schon VK Bund vom 5.9.2001, VK 1 - 23/01). Dass sie hierzu in der Lage ist, hat sie in der Vergangenheit auch unter Beweis gestellt. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass dies beim vorliegenden Auftrag nicht zu erwarten wäre. Sie hat einen Teil der vorgesehenen Mitarbeiter sogar namentlich unter Angabe ihrer Funktion benannt.

Zuzugeben ist zwar, dass der Auftragswert im Verhältnis zum Gesamtumsatz relativ hoch ist, doch war dieses Verhältnis beim Auftrag "... " noch wesentlich höher und dennoch hat die Beigeladene belegt, dass sie in der Lage ist, solche Aufträge abzuwickeln.

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.04.2006 – 1 VK 19/06

Die Prognose der Antragsgegnerin, anzunehmen, dass die Beigeladene geeignet ist und den Auftrag wird erfüllen können, kann deshalb nicht von vornherein als unvertretbar beurteilt werden. Die Antragsgegnerin hält sich mit dieser Entscheidung im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums.

Nach alledem ist der Antrag zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 und 4 GWB.

Da die Beigeladene sich nicht aktiv durch Stellung von Anträgen am Verfahren beteiligt hat, entspricht es der Billigkeit, dass sie ihre eventuellen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Aufwendungen selbst zu tragen hat.

Der Ansatz der Gebühr beruht auf § 128 Abs. 1 GWB, §§ 3, 9 und 14 VwKostG. Ausgehend vom Gebührenrahmen des § 128 Abs. 2 GWB, dem personellen und wirtschaftlichen Aufwand, vor allem aber unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung für die Beteiligten, wird eine Gebühr von ... € als angemessen festgesetzt.