

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



Beschluss

1 Verg 7/04	OLG Naumburg
1 VK LVwA 12/04	1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt LSA

In dem Vergabenachprüfungsverfahren (Beschwerdeverfahren)

betreffend die u.a. im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 19. November 2003 ausgeschriebene Vergabe des Auftrages „Klinikum M. , Haus E. – Umbau und Erweiterung Untersuchungs- und Behandlungstrakt BA 1B; Los 620.2: Medizintechnik – Festeinbau, Möbel aus Holz/Kunststoff und Vollkunststoff“,

Verfahrensbeteiligte:

1. ... ,

Bieterin, Beigeladene und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigter:

...

2. ...

Vergabestelle, Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Verfahrensbevollmächtigter:

...

3. ...

Bieterin, Antragstellerin und Beschwerdegegnerin,
Verfahrensbevollmächtigter:
...

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Naumburg durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Zink und die Richter am Oberlandesgericht Wiedemann und Grimm am

5. Mai 2004

beschlossen:

Der Antrag der Beigeladenen auf Anordnung der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt des Landes Sachsen-Anhalt vom 7. April 2004, 1 VK LVwA 12/04, wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin, eine gemeinnützige Gesellschaft privaten Rechts zum Betrieb eines Krankenhauses zur allgemeinen Schwerpunkt- und Unfallversorgung, deren Gesellschafter der Landkreis M. ist, schrieb im November 2003 den oben genannten Auftrag EU-weit im Offenen Verfahren auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A) - Ausgabe 2002 - zur Vergabe aus. Der Auftrag ist Bestandteil eines Bauvorhabens im Umfang von mehr als fünf Mio. EUR.

Zur Angebotseröffnung lagen Angebote von fünf Bietern, darunter der Antragstellerin und der Beigeladenen, vor. Die Antragsgegnerin beabsichtigt ausweislich des Vergabevorschlags ihrer Beraterin vom 26. Januar 2004 sowie ihrer eigenen Beschlussvorlage 02/2004 vom 5. Februar 2004, den Zuschlag auf das Hauptangebot der Beigeladenen zu erteilen.

Die Antragstellerin, die mit einem am 12. Februar 2004 abgesandten Schreiben vorab über die beabsichtigte Zuschlagerteilung an die Beigeladene und darüber informiert, dass ihr Angebot nicht das wirtschaftlichste sei, weil ein preislich niedrigeres Angebot vorgelegen habe, rügte die vorgenommene Angebotswertung als vergaberechtswidrig. Sie vertrat die Auffassung, dass der Beigeladenen die fachliche Eignung zur Eigenausführung der zu vergebenden Leistungen fehle. Die Antragsgegnerin half dieser Rüge nicht ab. Daraufhin hat die An-

tragstellerin mit Schriftsatz vom 26. Februar 2004 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt des Landes Sachsen-Anhalt mit dem Ziel beantragt, dass der Antragsgegnerin aufgegeben werden möge, die Wertung unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu wiederholen.

Die Vergabekammer hat die Zuschlagsaspirantin beigeladen und alle Beteiligten des Verfahrens vor dem Termin der mündlichen Verhandlung bereits darauf hingewiesen, dass mehrere Ausschlussgründe für das Angebot der Beigeladenen vorlägen; diese Ausschlussgründe wurden im Einzelnen benannt. Im Termin der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages beantragt; die Beigeladene hat auch nach Aufforderung keinen Antrag gestellt.

Die Vergabekammer hat dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin durch Beschluss vom 7. April 2004 stattgegeben. Sie erachtet den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen jeweils nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A wegen folgender Versäumnisse für geboten:

- 1) Das Angebot der Beigeladenen enthält – entgegen der Anforderung in der Vergabebekanntmachung, dort in Abschnitt III. Ziffer 2.1.3., sowie in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (EVM (B) A EG), dort Ziffer 3.2., als solche mit dem Angebot vorzulegende Nachweise – keine Referenzliste über ähnliche, in den letzten drei Jahren abgewickelte Aufträge. Die Vergabekammer vertritt die Ansicht, dass es angesichts der verbindlichen Abforderung der Referenzliste als Eignungsnachweis nicht darauf ankomme, dass die Antragsgegnerin inhaltlich keine Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Beigeladenen hege.
- 2) Das Angebot enthält in den Leistungspositionen 1.20.2 und 1.33.1 zur Identifizierung des angebotenen Produkts jeweils lediglich eine Fabrikatsangabe, jedoch keine Modellangabe, sondern statt dessen den Hinweis: *„Unterlagen lagen bei Abgabe noch nicht vor, werden bei Auftrag nachgereicht“*. Hierdurch sei das Angebot in den betroffenen Leistungspositionen nicht hinreichend bestimmt, und zwar auch dann nicht, wenn der Qualitätsstandard der zu liefernden Produkte durch die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses hinreichend definiert sei, weil der Antragsgegnerin die Möglichkeit genommen sei, selbst zu prüfen, ob die angebotenen Produkte den Erfordernissen der Ausschreibung gerecht würden. Das hier erfolgte Nachreichen der fehlenden Angaben nach Ablauf der Angebotsfrist sei unbeachtlich.
- 3) Das Angebot enthält in der Alternativ-Leistungsposition 1.34.1A keine Preisangabe, sondern statt dessen den Hinweis, dass ein Alternativprodukt, wie ausgeschrieben, nicht lieferbar sei. Andere Bieter haben das Alternativprodukt angeboten; die Beigeladene hat die Unmöglichkeit der Lieferung des Alternativprodukts vorab nicht gegenüber der Antragsgegnerin gerügt. Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen (EVM (B) ZVB/E) geben in Ziffer 2 vor, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, solche in Alter-

nativpositionen ausgeschriebene Leistungen *nach der Wahl des Auftraggebers*, die dieser *bei Auftragserteilung* ausüben wird, auszuführen.

- 4) Das Angebot enthält in einer größeren Zahl von Positionen, u.a. in Pos. 1.18.1, 1.24.2 und 1.31.6, Streichungen ursprünglicher Preisangaben und korrigierende Überschriften, jedoch ohne Kenntlichmachung des Zeitpunkts und des Verfassers der Änderungen. Die Vergabekammer sieht hierdurch die Eindeutigkeit der Änderungen nicht gewährleistet.
- 5) Das Angebot enthält in den Pos. 2.03.1 und 2.08.1 Abweichungen von den geforderten technischen Parametern des Leistungsverzeichnisses (statt eines Katheterrahmens zur Aufnahme von 15 Katheterboxen aus Kunststoff „alternativ“ einen solchen Rahmen zur Aufnahme von neun Edelstahl-Katheterboxen sowie statt einer Schrankausstattung Typ G1 mit zwei ABS-Körben mit Nennmaß 30x40x20 und zwei ABS-Modulen mit Nennmaß 30x40x10 „alternativ“ eine solche mit zwei Drahtkörben á 30x40x18 und zwei ABS-Körben á 30x40x10. Die Vergabekammer sieht hierin einen lediglich verminderten, nicht gleichwertigen Leistungsumfang.

Schließlich hat die Vergabekammer den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen auch deshalb für geboten erachtet, weil die Beigeladene in den Angebotsunterlagen den Nachweis nicht erbracht habe, dass sie über die Ressourcen der angeblich mit ihr im Konzern verbundenen H. GmbH, der Herstellerin der von ihr angebotenen Produkte, tatsächlich verfügen könne. Insbesondere genügten die Informationen im Papier „J. AG – Profil und Philosophie“ für einen solchen Nachweis nicht.

Gegen diese ihr am 13. April 2004 zugestellte Entscheidung richtet sich die mit Schriftsatz vom 23. April 2004 erhobene und am 26. April 2004 beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangene sofortige Beschwerde der Beigeladenen.

Die Beigeladene ist der Meinung, dass keiner der vorgenannten Ausschlussgründe vorliege. Wegen der Einzelheiten wird auf die Beschwerdeschrift vom 23. April 2004 Bezug genommen. Sie hat – zugleich mit den Anträgen zur Hauptsache, die auf eine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und – wohl – auf eine Zurückweisung des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin gerichtet sind – die Anordnung der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung begehrt.

Hierzu hat der Senat die Antragstellerin und die Antragsgegnerin jeweils angehört; beide Beteiligte haben mit Schriftsätzen vom 29. April 2004 bzw. 28. April 2004 zum letztgenannten Eilantrag Stellung genommen.

Der Senat hat die Akten der Vergabestelle sowie die Akten der Vergabekammer beigezogen.

II.

Der Antrag der Beigeladenen ist nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB zulässig; er hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Der Eilantrag nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB ist zulässig.

1.1. Die Beigeladene ist antragsbefugt.

Zwar enthält das Regelungssystem des einstweiligen Rechtsschutzes darin eine Regelungslücke, dass eine Regelung fehlt, die dem – hier noch unterstellt – beschwerdeberechtigten **Beigeladenen** die Chance eröffnet, den Zuschlag zu verhindern. Diese Regelungslücke ist jedoch planwidrig und dadurch zu schließen, dass entsprechend § 118 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GWB auch einem Beigeladenen die Befugnis zuzuerkennen ist, die Verlängerung des Zuschlagverbots zu beantragen (vgl. Thüringer OLG VergabeR 2002, 106).

1.2. Der Antrag ist auch nicht im Hinblick auf § 118 Abs. 3 GWB unzulässig.

Denn § 118 Abs. 3 GWB setzt voraus, dass die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag dergestalt stattgegeben hat, dass der Zuschlag generell untersagt worden ist. Wird jedoch, wie hier, lediglich der Zuschlag auf ein bestimmtes Angebot untersagt und im Übrigen die Wiederholung der Wertung angeordnet, so besteht ein Rechtsschutzbedürfnis an der Anordnung eines vorläufigen Zuschlagverbots.

2. Der Antrag der Beigeladenen auf Anordnung der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde ist aber unbegründet.

Gemäß § 118 Abs. 2 GWB ist es erforderlich, unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde alle möglicherweise geschädigten Interessen, auch das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens, gegeneinander abzuwägen. Einer solchen Abwägung bedarf es allerdings nicht, wenn das Rechtsmittel offensichtlich keine hinreichende Erfolgsaussicht hat. So liegt der Fall hier.

2.1. Allerdings ist das Rechtsmittel der Beigeladenen zulässig.

Die Beigeladene hat ihre sofortige Beschwerde frist- und formgerecht (§ 117 Abs. 1 bis 3 GWB) beim zuständigen Gericht (§ 116 Abs. 3 S. 1 GWB) eingelegt. Die auch im Beschwerdeverfahren von Amts wegen zu prüfenden allgemeinen Voraussetzungen für die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens (§§ 98 bis 100, 102, 107 Abs. 1, 108 GWB) liegen vor.

Die Beigeladene ist durch die angefochtene Entscheidung auch beschwert. Zwar hat sie im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer trotz entsprechender Aufforderung keinen Antrag gestellt, so dass es an einer formellen Beschwerde fehlt. Ein Beigeladener ist aber auch beschwerdeberechtigt, wenn er geltend machen kann, dass er durch die Entscheidung der

Vergabekammer materiell in seinen Rechten verletzt sein kann (vgl. Thüringer OLG VergabeR 2002, 106; OLG Saarbrücken, Beschluss v. 29. Mai 2002, 5 Verg 1/01). Dies ist hier der Fall, weil die Vergabekammer den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen angeordnet hat.

2.2. Die Anordnung der Vergabekammer, die Wertung unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu wiederholen, ist jedoch zu Recht ergangen.

Dabei kann der Senat zumindest im Verfahren nach § 118 GWB dahin stehen lassen, ob alle von der Vergabekammer angeführten Ausschlussgründe vorliegen. Für das Unterliegen der Beigeladenen mit ihrer sofortigen Beschwerde reicht es bereits aus, wenn auch nur einer der angeführten Ausschlussgründe zuträfe. Der Ausschluss des Angebots der Beigeladenen in der ersten Wertungsstufe – formelle und rechnerische Angebotsprüfung – ist zumindest aus den unter Ziffern 2), 3) und 5) genannten Gründen zwingend geboten.

Zu 2) Die Vergabekammer geht zu Recht davon aus, dass jedenfalls das Fehlen produktidentifizierender Angaben im Angebot der Beigeladenen hier zwingend zum Ausschluss führen muss.

Hierfür kommt es nicht darauf an, ob der Ausschlussstatbestand des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A stets erfüllt ist, wenn eine geforderte Erklärung fehlt – wie die Vergabekammer unter zutreffendem Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes meint (vgl. BGH, Beschluss v. 18.02.2003, X ZB 43/02, VergabeR 2003, 313,317 f) – oder ob ein Nachreichen – wie hier geschehen – möglich ist, wenn die fehlenden Erklärungen oder Nachweise keinen Einfluss auf den Wettbewerb haben (so die bisherige Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, vgl. OLG Celle, VergabeR 2002, 176; OLG Jena, VergabeR 2002, 256; KG, VergabeR 2002, 95). Denn bei den hier fehlenden Erklärungen handelt es sich um unverzichtbare Grundlagen des Angebotes, die innerhalb der Angebotsfrist abzugeben sind, weil die Annahme des unvollständigen Angebots zu einem Vertrag führen würde, der in einzelnen Leistungspositionen unbestimmt ist.

Dem steht nicht entgegen, dass einzelne technische Parameter der anzubietenden Leistungen durch das Leistungsverzeichnis vorgegeben sind. Die von den Bietern verlangte und im Angebot der Beigeladenen in den o.g. Positionen fehlende Angabe des angebotenen Modells soll die Leistung konkretisieren und – worauf die Vergabekammer zutreffend verweist – der Antragsgegnerin auch die Prüfung der Einhaltung der Mindestparameter ermöglichen. Zudem sind andere Angaben, so die Außenabmessungen und das Gewicht des zu liefernden Geräts, nicht vorgegeben, sondern eben vom Modell des zu liefernden Geräts abhängig.

Zu 3) Das Angebot der Beigeladenen ist als unvollständiges Angebot auch deshalb auszuschließen, weil es in der Alternativposition 1.34.1A keine Preisangabe und sogar bewusst kein Angebot („nicht lieferbar“ !) enthält.

Die Position „Mediensäule“ ist alternativ ausgeschrieben, ein Angebot war zwingend auf beide Alternativen abzugeben, weil es sich die Antragsgegnerin vorbehalten hat, im Zeitpunkt der Auftragserteilung zu entscheiden, welche der beiden Alternativen sie beauftragt. Die Leistungsbeschreibung ist von der Beigeladenen nicht gerügt worden, und zwar weder unter dem Gesichtspunkt der Alternativausschreibung noch unter dem Aspekt der Ausschreibung einer unmöglichen Teilleistung. Objektiv liegt auch keine unmögliche Leistung vor, wie die Angebote der anderen Bieter im Vergabeverfahren zeigen.

Zu 5) Die Vergabekammer hat das Begleitschreiben der Beigeladenen zu ihrem Angebot vom 13. Januar 2004 zutreffend als eine Änderung des Leistungsverzeichnisses in den Positionen 2.03.1 und 2.08.1 ausgelegt. Es wird objektiv eine andere Leistung, als ausgeschrieben, angeboten; dieses Angebot wird auch nicht als Änderungsvorschlag, sondern als vermeintlich ausschreibungskonformes Angebot unterbreitet. Konsequenter Weise fehlt es im Angebot auch an jeglicher Darlegung einer Gleichwertigkeit der angebotenen zur ausgeschrieben Leistung, an der im Übrigen schon im ersten Anschein erhebliche Zweifel bestehen.

gez. Zink

gez. Grimm

gez. Wiedemann

Leitsätze:

1. In entsprechender Anwendung des **§ 118 Abs. 1 S. 3 GWB** ist auch einer Beigeladenen, die durch die Entscheidung der Vergabekammer materiell beschwert ist, die Befugnis zur Beantragung der Verlängerung des Zuschlagverbots zuzuerkennen.
2. Wird von der Vergabekammer lediglich der Zuschlag auf ein bestimmtes Angebot untersagt und im Übrigen die Wiederholung der Wertung angeordnet, so besteht ein Rechtschutzbedürfnis an der Anordnung eines vorläufigen Zuschlagverbots; **§ 118 Abs. 3 GWB** ist nicht anwendbar.
3. Ein Beigeladener ist aber auch **beschwerdeberechtigt**, wenn er geltend machen kann, dass er durch die Entscheidung der Vergabekammer materiell in seinen Rechten verletzt sein kann.
4. Der **Ausschlussstatbestand des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A** ist jedenfalls dann erfüllt, wenn es sich bei den fehlenden Erklärungen um unverzichtbare Grundlagen des Angebotes handelt, die innerhalb der Angebotsfrist abzugeben sind, weil die Annahme des unvollständigen Angebots zu einem Vertrag führen würde, der in einzelnen Leistungspositionen unbestimmt ist (hier: produktidentifizierende Angaben).
5. Das **Fehlen einer Preisangabe** für eine Alternativposition führt zwingend zum Ausschluss des dadurch unvollständigen Angebots.

OLG Naumburg, Bes vom 05.05.2004, 1 Verg 7/04