



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster
Beschluss**

Leitsätze

- 1. Die Verpflichtungserklärung eines Nachunternehmers gemäß § 8a Nr. 10 VOB/A ist zunächst rein formal eine Erklärung im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A n.F., mit der ein Nachunternehmer verbindlich erklärt, dass er für die Ausführung des Auftrages auch tatsächlich zur Verfügung stehen wird.**
- 2. Als Erklärung im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A n.F. ist diese Verpflichtungserklärung auf der ersten Wertungsstufe gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A zu prüfen. Angebote, denen die geforderten Nachunternehmererklärungen bis zu dem von der Vergabestelle bestimmten Zeitpunkt (vgl. hierzu Ziffer 7 im Vordruck EVM (B) BwB/E EG 212 EG des VHB) nicht beigefügt wurden, sind als unvollständig zwingend auszuschließen.**
- 3. Den Vergabestellen ist es jedoch nicht verwehrt, entweder anhand der Verpflichtungserklärung, aber auch unabhängig von dieser Erklärung, die Eignung der Nachunternehmer auf der zweiten Wertungsstufe zu prüfen, und zwar anhand der Regelungen, die auch für den Bieter gelten. Die Eignung des Bieters und des Nachunternehmers stellt eine Einheit dar. Eine Vergabestelle kann ein solches Angebot nur insgesamt annehmen oder ablehnen. Eine Splittung ist vergaberechtlich nicht zulässig.**
- 4. Eine schwere Verfehlung im Sinne von § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit. c VOB/A kann auch in einem besonders vorwerfbaren Verhalten, wie zum Beispiel die bewusste Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung, bestehen. Entscheidend ist, dass dem Auftraggeber angesichts des Verhaltens des Bewerbers unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vergabeverfahrens nicht zugemutet werden kann, mit diesem in vertragliche Beziehungen zu treten.**

In dem Vergabenachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrages zum Neubau einer Brücke

VK 17/06

der Firma
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen



den xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Beigeladene

Bauunternehmen
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxx

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 02. Februar 2007 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Hartmann

am **13. Februar 2007** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin, der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxNRW, schrieb den Neubau eines Brückenbauwerks im Zuge des Ausbaus der B 61 über die L 586 in einem offenen Verfahren nach der VOB/A aus. Der Gesamtauftragswert für die neu zu bauende L 586 als Ortsumgehung im Bereich xxxxxxx beläuft sich auf ca. 7 Mio. €. Als Zuschlagskriterium nannte die Antragsgegnerin den Preis und den technischen Wert im Verhältnis 90 zu 10.

In Ziffer 7 der Bewerbungsbedingungen fordert die Antragsgegnerin als Eignungsnachweis für andere Unternehmer die Vorlage von Verpflichtungserklärungen *mit dem Angebot*, soweit der Bieter sich bei der Erfüllung des Auftrages der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen will. Die Verpflichtungserklärung musste den Nachweis enthalten, dass der andere Unternehmer, dem Bieter für die Ausführung der Leistung tatsächlich und rechtlich zur Verfügung steht.

Im Submissionstermin am 30.11.2006 lagen der Antragsgegnerin 13 Angebote vor, wovon sie 9 Angebote ausschloss, weil die nach Ziffer 7 geforderten Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer nicht den Angeboten beilagen.

Ausweislich des Vergabevermerks schloss die Antragsgegnerin auch das Angebot der Antragstellerin nach der formellen und rechnerischen Prüfung von der weiteren Wertung aus. Anlass war die von der Antragstellerin vorgelegte Verpflichtungserklärung der Firma xxxx vom 28.11.2006. Die Antragsgegnerin führte dazu aus: „Der Bieter hat als anderen Unternehmer für die xxxxxxxxxxxxarbeiten die Firma xxxxxxxxxxxx benannt. Die Firma ist mit Schreiben vom 27.02.2006 durch den xxxxxxxxxxxxxxxxxx für die Dauer von einem Jahr für den gesamten Bereich des xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxNRW gesperrt. Das bedeutet, dass der Firma untersagt wurde, an Ausschreibungen des xxxxxxxxxxxxxxxx NRW, weder als Hauptunternehmer noch als Nachunternehmer teilzunehmen. Diese Sperre gilt bis zum 28.02.2007.“ Grund für diese Auftragsperre, gegen die die Firma xxxxxx keine Rechtsmittel einlegte, waren erhebliche Unregelmäßigkeiten bei der Vertragserfüllung.

In der Auftragsperre heißt es wörtlich: „Wir nehmen die dargelegten Umstände und Vorkommnisse zum Anlass, Sie für den gesamten Bereich des xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx NRW für die Dauer von einem Jahr zu sperren. Das bedeutet, dass Ihnen untersagt wird, an Ausschreibungen des xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxNRW, weder als Hauptunternehmer noch als Nachunternehmer, ab sofort bis zum 28.02.2007 teilzunehmen. Ich weise vorsorglich darauf hin, dass Sie bei einer Angebotsanfrage durch einen Hauptunternehmer bei Baumaßnahmen des xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxNRW verpflichtet sind, den Hauptunternehmer über Ihren Ausschluss zu informieren. Für eventuelle Schadensersatzforderungen durch Unterlassung der Information machen wir Sie haftbar.“

Drei Angebote kamen in die engere Wahl. Als Anlage zum Vergabevermerk wurden diese drei Bieter in eine Bieterliste eingetragen und entsprechend den Zuschlagskriterien bewertet. Darüber hinaus erstellte die Antragsgegnerin als Anlage zum Vergabevermerk eine Tabelle über „vorzulegende Nachweise EG Ausschreibung“. Dort sind sämtliche dreizehn Bieter aufgeführt und die ermittelten Punktzahlen zum technischen Wert eingetragen. Allerdings strich die Antragsgegnerin in dieser Übersicht die aus ihrer Sicht nicht vollständigen Angebote, wozu auch das Angebot der Antragstellerin zählte, durch. Ohne Einschränkungen verblieben nur die drei vollständigen Angebote.

Das Angebot der Antragstellerin schließt mit einer Auftragssumme von ca. xxxx Mio. € und liegt damit vor dem Angebot der mit Beschluss vom 04. Januar 2007 Beigeladenen, wobei die für den technischen Wert (10%) vergebenen Punkte gleich sind. Die preisliche Differenz beträgt ca. 2700 €.

Nachdem die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 07.12.2006 über ihren Ausschluss entsprechend informiert hatte, rügte diese mit Schreiben vom 12.12.2006 ihren Ausschluss von der Vergabe. Die Antragstellerin weist darauf hin, dass die Sperre gegen ihren Nachunternehmer, der Firma xxxxxxxx, ihr nicht bekannt gewesen sei. Auch sei die Sperre nicht öffentlich bekannt gegeben worden, so dass sie weder den Umfang noch die räumlichen und zeitlichen Wirkungen habe kennen können. Schließlich müsse der Austausch eines Nachunternehmers, den sie ausdrücklich anbietet, in jeder Vertragsphase möglich sein. Beispielsweise könne sie im Falle der Insolvenz eines Nachunternehmers diesen auch jederzeit austauschen.

Nachdem die Antragsgegnerin diese Beanstandungen zurück gewiesen hatte, beantragte die Antragstellerin am 20.12.2006 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, sie sei vergaberechtswidrig von der Wertung ausgeschlossen worden. Sie habe das bestplatzierte Angebot. Die Auftragsperre gegen die von ihr benannte Nachunternehmerin für das Gewerk xxxxxxxxxxxxxxxarbeiten stelle keinen Ausschlussgrund dar.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin, so trägt die Antragstellerin vor, sei ihr Angebot nicht zwingend auf der ersten Wertungsstufe wegen Unvollständigkeit auszuschließen gewesen. Denn sämtliche Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer habe sie ihrem Angebot beigelegt und auch die Verpflichtungserklärungen selbst seien weder unvollständig noch inhaltlich falsch gewesen. Dies gelte auch für die Verpflichtungserklärung der Firma xxxxx. Mit dieser Verpflichtungserklärung habe sie nachgewiesen, dass sie mit der Leistung des Nachunternehmers verbindlich disponieren könne.

Es gebe auch keinen Zweifel an der Verbindlichkeit dieser Nachunternehmererklärung. Denn entgegen dem Vortrag der Antragsgegnerin sei diese Erklärung vom Geschäftsführer der Firma xxxxxx unterschrieben und mit einem Firmenstempel versehen worden. Auch mit dem im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Schreiben der Firma xxxxxx vom 10.01.2007 sei diese Erklärung nicht widerrufen oder angefochten worden.

Der Ausschluss ihres Angebotes habe vielmehr gemäß § 25 Nr.1 Abs. 2 VOB/A in Verbindung mit § 8 Nr. 5 VOB/A im pflichtgemäßen Ermessen der Antragsgegnerin gestanden. Diese sei nicht zwingend zum Ausschluss verpflichtet, sondern könne aufgrund sachlicher Erwägungen den Bewerber im Wettbewerb belassen. Hier lasse die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens bei der Eignungsprüfung den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht zu.

Die Antragstellerin meint, allein die Tatsache, dass die Antragsgegnerin überhaupt keine Ermessenserwägungen angestellt hat, sei schon vergaberechtswidrig. Denn die Antragsgegnerin sei – unabhängig von der Auftragsperre – zu einer Prüfung der Eignung der Antragstellerin auf der Basis pflichtgemäßen Ermessens verpflichtet gewesen.

Aber auch eine nachgeholt Ermessensausübung, die möglich sei, müsse hier zu dem Ergebnis führen, dass hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Antragstellerin keine Bedenken bestehen. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung hätte die Antragsgegnerin berücksichtigen müssen, dass die Auftragsperre gegen die Firma xxxxx nicht bekannt gewesen sei. Jedenfalls hätte die Antragsgegnerin berücksichtigen müssen, dass diese Sperre zum Zeitpunkt der vorgesehenen Bauausführung bereits abgelaufen sein wird und somit keine Zweifel mehr hinsichtlich der Eignung dieses Nachunternehmers bestehen könnten. Soweit die Antragsgegnerin vortrage, die xxxxxxxxxxxxxxxarbeiten seien bereits vor Ablauf der Sperre erforderlich gewesen, sei dies unzutreffend und durch keinen Beweis belegt.

Zudem gehe die Antragsgegnerin von einem falschen Bezugszeitpunkt hinsichtlich der Eignungsprüfung aus. Unter Bezugnahme auf Entscheidungen der VK Münster, VK 15/01 und des OLG München, Verg 20/05 führt die Antragstellerin aus, es sei nicht allein auf den Zeitpunkt der Vergabeentscheidung abzustellen, sondern entscheidend sei vielmehr, dass zum Zeitpunkt der Leistungserbringung alle Voraussetzungen erfüllt seien. So müsse ein Bieter bei Angebotsabgabe nicht unbedingt über alle technischen und personellen Kräfte verfügen, die er für die Ausführung des Auftrages benötigt. Es genüge, dass er in der Lage sei, sich bis zur Auftragserteilung die erforderlichen Mittel zu beschaffen. Übertrage man diese Grundsätze

auf den vorliegenden Fall, so sei der Ausschluss der Antragstellerin nicht gerechtfertigt. Denn die Antragsgegnerin habe rein formal auf den Zeitpunkt der Angebotswertung abgestellt, dabei aber übersehen, dass die vorhandene Sperre zum Zeitpunkt der Leistungserbringung bereits abgelaufen sein wird.

Vorsorglich weist die Antragstellerin unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OLG Schleswig, 1 Verg 13/05 darauf hin, dass der Leistungsanteil, den die Antragstellerin von der Nachunternehmerin ausführen lassen will, bezogen auf die Gesamtauftragssumme lediglich 3,45% betrage, somit also keine wettbewerbliche Relevanz habe und damit ebenfalls nicht den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin rechtfertigen könne.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, die Antragsgegnerin habe das Angebot der Antragstellerin ausweislich der Vergabeunterlagen anhand der bekannt gemachten Bewertungsmatrix auf der dritten Wertungsstufe gewertet, in dem sie den technischen Wert des Angebots geprüft und bewertet habe. Mit dem Eintritt in die dritte Wertungsstufe habe die Antragsgegnerin die Eignungsprüfung mit dem Ergebnis abgeschlossen, dass keine durchgreifenden Bedenken hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Antragstellerin bestehen. Mit dem Übergang in die dritte Wertungsstufe habe die Antragsgegnerin die Eignungsprüfung der Antragstellerin abgeschlossen. Habe sie ihr Ermessen in dieser Weise aber einmal ausgeübt, sei sie im Wege der Selbstbindung hieran gebunden und könne nicht zurückspringen auf eine der vorangegangenen Wertungsstufen.

Die Antragstellerin behauptet, dass weder in der Vergabeakte noch in den Schriftsätzen der Antragsgegnerin Ermessenserwägungen, die die Entscheidung über den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin rechtfertigen könnten, zu finden seien und eine Ermessensreduzierung auf Null nicht angenommen werden könne.

Hilfsweise trägt die Antragstellerin vor, dass eine Vermischung der Wertungsstufen unzulässig sei und zur Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens führen könne.

Darüber hinaus behauptet die Antragstellerin vorsorglich, der Ausschluss der Firma xxxxx sei nicht rechtmäßig gewesen. Denn aus dem Schreiben vom 27.02.2006 schließe sie, dass die Auftragsperre auf vermeintliche Vertragsverletzungen basiere. Derartige Verfehlungen würden aber nur in absoluten Ausnahmefällen zu einer Wettbewerbssperre berechtigen.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, bei dem Vergabeverfahren „Brücke im Zuge der B 61 über die L 586 in km 3+641,7553, Bw. Nr. 4214505“ den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin zu wiederholen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Antragsgegnerin beantragt,
den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin weist daraufhin, dass die xxxxxxxxxxxxxxxarbeiten für die Baustellenumfahrung vor Ablauf der im Schreiben vom 27.02.2006 genannten Sperrfrist erforderlich gewesen wären. Sie meint, es komme in diesem Zusammenhang nicht auf den Zeitpunkt der Ange-

botsprüfung, sondern auf den Zeitpunkt der Bauausführung an. Denn die Auftragssperre sei so formuliert gewesen, dass der Unternehmer während der Sperrzeit nicht an Ausschreibungen teilnehmen durfte. Also habe der Unternehmer sich unstreitig bis zum Ablauf des 28.02.2007 nicht an Ausschreibungen beteiligen dürfen.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, für diesen Fall sei allein auf § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A abzustellen und entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht auf § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A. Das Angebot der Antragstellerin sei deshalb, ohne dass es einer Ermessensentscheidung bedurfte bzw. eine solche überhaupt zulässig gewesen sei, zwingend gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A auszuschließen gewesen. Das Angebot der Antragstellerin sei unvollständig gewesen, weil für die angebotenen Leistungen im Bereich der xxxxxxxxxxxxxxxarbeiten kein zuschlagsfähiges Angebot vorliege. Denn der genannte Nachunternehmer unterliege der Sperrre. Somit sei die Antragstellerin so wie alle anderen Bieter zu stellen, die überhaupt keine Verpflichtungserklärung abgegeben haben. Diese Unvollständigkeit betreffe auch die Antragstellerin, da sie eine Verpflichtungserklärung eines Unternehmers abgegeben habe, der zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe vom Wettbewerb ausgeschlossen gewesen sei.

Die Antragsgegnerin trägt vor, es komme nicht auf die Summe der Auftragsarbeiten und der wettbewerblichen Relevanz an, sondern nach ständiger Rechtsprechung müsse ein Angebot in allen Punkten vollständig sein. Unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG München, Verg 17/06 weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Verpflichtungserklärung nicht sicherstelle, dass der Bieter fachkundig ist, sondern dass er verbindlich mit der Leistung des Nachunternehmers disponieren könne. Die Verpflichtungserklärung sei somit unmittelbar wettbewerbsrelevant.

Die Auftragssperre sei auch rechtmäßig zustande gekommen. Die Firma xxxxx habe diese Auftragssperre akzeptiert. Ein nicht direkt und unmittelbar betroffener Bieter wie die Antragstellerin könne diese Maßnahme in einem Nachprüfungsverfahren auch nicht überprüfen lassen, da ihr die Einzelheiten, die zur Verhängung führten, nicht bekannt sein können.

Die Antragsgegnerin meint, die Antragstellerin trage als Bieterin auch das Risiko, dass sie keine Kenntnis von der temporären Auftragssperre hatte. Einem Bieter müssten alle Umstände seines Angebotes bekannt sein. Ihm seien diese Umstände zuzurechnen, ohne dass es auf seine subjektive Vorstellung oder positive Kenntnis ankomme. Nach ständiger Rechtsprechung des OLG Düsseldorf habe ein Bieter, wenn er Nachunternehmer einsetzen will, dem Auftraggeber bereits in der Prüfungsphase die Leistungsfähigkeit und Qualität der Einrichtungen und Mittel des Nachunternehmers darzulegen und nachzuweisen. Eine Überprüfung habe regelmäßig auch dahingehend zu erfolgen, ob der genannte Nachunternehmer seinerseits geeignet und mit seinen betrieblichen Mitteln in der Lage sei, den Auftrag im Falle des Zuschlags zuverlässig auszuführen. Durch die genannte Auftragssperre stehe hier fest, dass der benannte Nachunternehmer unzuverlässig ist. Würde man keinen verbindlichen Ausschluss des Angebots annehmen, könnten Auftragssperren dadurch ohne weiteres umgangen werden.

Darüber hinaus trägt die Antragsgegnerin vor, dass das Angebot der Antragstellerin spätestens in der zweiten Wertungsstufe von ihr hätte ausgeschlossen werden müssen. Denn sie halte es nicht für zumutbar, die Firma xxxxx als Nachunternehmerin zu beschäftigen. Insofern sei ihr Ermessen hier auf Null reduziert, weil sie diese Firma für unzuverlässig halte.

Auch aufgrund der neu bekannt gewordenen Umstände im Zusammenhang mit der Verpflichtungserklärung der Firma xxxxx, gehe sie weiterhin von der Unzuverlässigkeit aus. Denn nachdem sie im Laufe des Nachprüfungsverfahrens die Firma xxxxx auf ihren Verstoß gegen

die Auftragssperre hingewiesen habe, teilte diese Firma mit Schreiben vom 10.01.2007 mit, dass die Verpflichtungserklärung für die Antragstellerin von einem Mitarbeiter unterzeichnet worden sei, der dazu nicht autorisiert war und dies auch nicht mit der Geschäftsleitung abgesprochen hatte. Diese Erklärung zeige, dass auch bislang nicht alle Geschäftsabläufe zuverlässig organisiert seien.

In dem Schreiben vom 10.01.2007 heißt es wörtlich: „Die Überprüfung der Angelegenheit im Hause hat ergeben, dass ein Mitarbeiter, Herr S. , für die Abgabe des Angebotes verantwortlich zeichnet, der während einer mehrtägigen Ortsabwesenheit des Geschäftsführers das Angebot abgegeben hat, ohne hierzu autorisiert gewesen zu sein. Trotz einer internen Anweisung, den Ausschluss vom Wettbewerb strikt zu beachten, wurde das Angebot abgegeben. Der hierfür verantwortliche Mitarbeiter beruft sich darauf, lediglich den Ausführungstermin, der für den Zeitraum April 2007 bis April 2008 vorgesehen war, beachtet zu haben, nicht jedoch das Ausschreibungsdatum.“

Im Übrigen meint die Antragsgegnerin, entgegen der Auffassung der Antragstellerin habe sie das Angebot nicht in die dritte Wertungsstufe gehoben. Dies lasse sich dem Wertungsvermerk eindeutig entnehmen, weil das Angebot der Antragstellerin in der Wertungsübersicht –so wie auch die unvollständigen Angebote anderer Bieter- durchgestrichen gewesen sei.

Aber auch ein „Zurückspringen“ sei nicht rechtsfehlerhaft, weil hier ein derart eklatanter und offensichtlicher Vergabeverstoß vorliege, der auch im Nachhinein zulässigerweise noch berichtigt werden müsste.

Die Beigeladene trägt vor, die im Rahmen der Zuverlässigkeit zu monierende Bewertung der Nachunternehmerin gehe vollumfänglich zu Lasten der Antragstellerin. Die Antragstellerin habe bereits im Rügeschreiben darauf abstellen müssen, ob für den Ausschluss des Angebots der Zeitpunkt der Leistungserbringung oder der Bewerbung maßgeblich sei. Das habe sie aber nicht gemacht. Die unter rein rechtlichen Aspekten nachgereichte Begründung sei daher weder vom Sachverhalt noch von der tatsächlichen Auffassung der Beteiligten gedeckt.

Weiterhin meint die Beigeladene, dass die Eignung eines Bieters aufgrund der im Vergabeverfahren vorliegenden Belege und Kenntnisse grundsätzlich immer zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorzunehmen sei. Wenn ein Bieter sich zur Erfüllung seiner Leistungsverpflichtung auf Nachunternehmer berufe, habe er zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe den entsprechenden Nachweis zu erbringen. Es genüge nicht, dass ein Bieter sich irgendwie zum Zeitpunkt der Ausführung die entsprechenden Unternehmen beschaffe.

Diesbezüglich sei der Wortlaut des Schreibens vom 27.02.2006 an die Firma xxxxx auch eindeutig. Darüber hinaus könne aus der Baubeschreibung die Reihenfolge der Abwicklung der Arbeiten entnommen werden. Unmittelbar nach Auftragserhalt musste eine Umfahrung abgesichert mit xxxxxxxxxxxx hergestellt werden, also seien maßgebliche Arbeiten durch die Firma xxxxxx vor Ablauf der Auftragssperre erforderlich gewesen.

Die Beigeladene vertritt die Auffassung, der von der Antragstellerin vorgelegte Nachweis über den Einsatz der Firma xxxxx sei hier so zu behandeln, als wenn er nicht abgegeben worden sei. Dies habe zur Folge, dass das Angebot der Antragstellerin wegen des Fehlens dieser Erklärung unvollständig war und mithin auf der ersten Wertungsstufe ausgeschlossen werden musste.

Jedenfalls sei das Angebot der Antragstellerin auf der zweiten Wertungsstufe wegen Unzuverlässigkeit auszuschließen gewesen. Dabei spiele es keine Rolle, ob sich die Unzuverlässigkeit auf den Bieter selbst oder auf einen von ihm benannten Nachunternehmer beziehe. Denn der Nachunternehmer sei bekanntlich Erfüllungsgehilfe für den Hauptunternehmer und dessen mangelnde Zuverlässigkeit müsse im Wettbewerb dem Hauptunternehmer vollumfänglich zugerechnet werden.

Zudem trägt die Beigeladene vor, die Antragsgegnerin habe ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt, da sie der Nachunternehmerin eine Sperre auferlegt habe und ihr auftrag, diese Sperre bei etwaigen Anfragen offen zu legen. Diesen Verstoß müsse sich die Antragstellerin vollumfänglich zurechnen lassen, wobei das Angebot der Antragstellerin so zu bewerten sei, wie es vorgelegt wurde.

Weiterhin sei im Rahmen einer Ermessensentscheidung die rechtliche Verbindlichkeit der Auftragssperre zu berücksichtigen. Werden von einem Bieter die geforderten Nachweise nicht erbracht, obliege es nicht der Vergabestelle, dem Bieter diesbezüglich konkrete Vorhalte zu machen. Denn die Vergabestelle sei nicht verpflichtet, gegenüber dem Bieter gesondert in eine Ermessensausübung zu treten. Entscheidend sei allein, dass die geforderten Nachweise mit der geforderten Aussagekraft nicht vorliegen.

Dass die Antragstellerin über diese Auftragssperre keine Kenntnis hatte, könne sie nicht der Antragsgegnerin entgegen halten. Denn das schutzwürdige Vertrauen entspringe hier nicht dem Vergaberecht, sondern den vorvertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen der Antragstellerin und ihren Nachunternehmern. Insofern bestehe keine Verpflichtung der Antragsgegnerin dieses Wissen in ihre Ermessensentscheidung als relevant einzubeziehen.

Aus den vorstehenden Erwägungen schließt die Beigeladene, dass die Antragstellerin keine Möglichkeit hat, den Auftrag zu erhalten, so dass sie bereits keinen Schaden nachweisen könne, was zur Unzulässigkeit des Antrages führe.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen und die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen als notwendige Kosten der Rechtsverfolgung zu erklären.

Am 07. Februar 2007 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. In der mündlichen Verhandlung rügte die Antragstellerin, dass dann, wenn sich aus den Schriftsätzen der Antragsgegnerin in diesem Verfahren Ermessenserwägungen ergeben sollten, diese Erwägungen jedenfalls fehlerhaft seien, weil die besonderen Umstände, wie der Zeitablauf und der geringe Leistungsumfang des Nachunternehmereinsatzes am Gesamtauftragswert nicht vergaberechtlich berücksichtigt worden seien. Weiterhin rügte die Antragstellerin, die Antragsgegnerin sei bei dieser Fallkonstellation verpflichtet gewesen, Aufklärungsgespräche mit ihr zu führen.

Die Antragsgegnerin weist diese Rügen als verspätet zurück und trägt vor, dass sie letztlich im Nachhinein in den Schriftsätzen während des Nachprüfungsverfahrens Ermessenserwägungen angestellt habe.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 20. Februar 2007 verlängert. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die

Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer ist zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB) und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW).

Der geschätzte Auftragswert für die Gesamtbaumaßnahme liegt oberhalb von 5.278.000 € und übersteigt damit den nach § 2 Nr. 4 VgV erforderlichen Schwellenwert bei Bauaufträgen.

Der zulässige Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin von der Wertung gemäß § 25 Nr. 1 VOB/A ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

1. Rechtsgrundlage für den Ausschluss der Antragstellerin ist hier § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A und nicht – wie die Antragsgegnerin meint – § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A.

Die Vorgaben der Antragsgegnerin zum Nachunternehmereinsatz ergaben sich eindeutig aus den Verdingungsunterlagen. Danach hatten die Bieter – soweit sie Nachunternehmer einsetzen wollten – gemäß Ziffer 7 der Bewerbungsbedingungen als Eignungsnachweis für andere Unternehmer eine Verpflichtungserklärung mit dem Angebot vorzulegen.

a) Diese Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer sind zunächst schriftliche Bestätigungen der Nachunternehmer, dass sie für die Ausführung des Auftrages auch tatsächlich zur Verfügung stehen, so VK Bund, 14.08.2006, VK 2- 80/06, und VK Nordbayern, 09.10.2006, 21 VK-3194-30/06.

Als solche ist diese Verpflichtungserklärung rein formal als geforderte „Erklärung“ im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A rechtlich einzustufen. Angebote, die die geforderten Erklärungen nicht enthalten, sind unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des BGH, vgl. u.a. BGH, 18.02.2003, X ZB 43/02, auf der ersten Wertungsstufe zwingend von den Vergabestellen auszuschließen. Auch die Entscheidung des OLG München, Beschluss vom 06.11.2006, Verg 17/06, betraf einen Fall, in dem die geforderte Verpflichtungserklärung dem Angebot nicht beigelegt war. Angebote, die die geforderten Erklärungen nicht enthalten, sind unvollständig und damit ohne Beurteilungsspielraum von den Vergabestellen von der weiteren Wertung zwingend auszuschließen.

Dies gilt auch, wenn die Bieter geforderte Eignungsnachweise, die auf der zweiten Stufe zu prüfen sind, dem Angebot nicht beigelegt haben. Ist nach den Vorgaben der Vergabestelle entweder in der Bekanntmachung oder spezifiziert in den Ausschreibungsunterlagen ein fester Termin für die Vorlage von Unterlagen bestimmt, haben die Bieter ihre Eignung zur Auftragsdurchführung innerhalb dieser Vorgabe nachzuweisen und ein vollständiges Angebot bis zum Ende der Angebotsfrist bei der Vergabestelle vorzulegen, OLG Düsseldorf, 25.11.2002, Verg 56/02; OLG Düsseldorf, 09.06.2004, Verg 11/04.

Die Antragstellerin hatte ihrem Angebot die Verpflichtungserklärungen sämtlicher von ihr benannter Nachunternehmer beigefügt und durch Unterschrift zusichern lassen, dass sie im Falle der Auftragserteilung auf die Mittel dieser Nachunternehmer tatsächlich zurückgreifen kann. Die vorstehend gemachten Vorgaben in den Verdingungsunterlagen –also die vollständige Vorlage geforderter Erklärungen oder Eignungsnachweise, und zwar mit dem Inhalt, dass der andere Unternehmer für die Ausführung der Leistung tatsächlich und rechtlich zur Verfügung stehen wird, hat die Antragstellerin entsprechend den Verdingungsunterlagen erfüllt. In der Verpflichtungserklärung vom 28.11.2006 erklärt die Firma xxxxx, dass sie die technischen, personellen sowie auch die wirtschaftlichen Mittel zur vertragsgerechten Erbringung der Leistung der Antragstellerin zur Verfügung stellen wird.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen ist die Antragstellerin nicht so wie die anderen 9 Bieter zu stellen, die alle die geforderten Verpflichtungserklärungen ihrer Nachunternehmer ihren Angeboten nicht beigefügt hatten. Denn ein Vergleich der Angebote auf der ersten Wertungsstufe beinhaltet lediglich die rein formale Prüfung, ob die geforderten Erklärungen und Eignungsnachweise vorhanden sind. Es findet keine inhaltliche Wertung dieser Unterlagen bzw. Nachweise statt, sondern diese ist erst auf den folgenden Wertungsstufen vorzunehmen. Angebote, die die formalen Voraussetzungen der ersten Wertungsstufe erfüllen, gelangen zunächst einmal in die zweite Wertungsstufe.

Dies könnte man nur anders sehen, wenn der „geforderte Inhalt“ formal nicht erklärt wird. Gefordert hat die Antragsgegnerin, dass die Nachunternehmer für die Ausführung der Leistung tatsächlich und rechtlich zur Verfügung stehen müssen, also der Bieter verbindlich über den Einsatz des Nachunternehmers disponieren kann. Aus der Verpflichtungserklärung, so wie sie hier verlangt wurde, ergibt sich nicht, dass die Nachunternehmer qualitativ eine bestimmte Eignung (persönliche Zuverlässigkeit) nachweisen mussten. Die Eignung der Nachunternehmer als Teilnehmer am Wettbewerb ist von der Antragsgegnerin in den Verdingungsunterlagen nur in dem Vordruck „Aufklärung der Bieter“ angesprochen worden. Dies ist hier aber nicht entscheidungsrelevant, weil dort ganz andere Ausschlussgründe genannt wurden.

Würde man bereits bei der Prüfung der verlangten „Erklärung“ den Inhalt dieser Erklärung prüfen, so widerspricht dies den Entscheidungen des BGH, u.a. BGH 18.02.2003, X ZB 43/02. Wird in einem Angebot eine Preisangabe nicht gemacht oder wird eine geforderte Erklärung nicht abgegeben, so ist das Angebot dieses Bieters formal unvollständig und damit zwingend auf der ersten Wertungsstufe auszuschließen, ohne dass die Vergabestelle irgendeine Dispositionsbefugnis hat. Die Vergabestelle kann die fehlende Preisangabe nicht als geringfügig bezeichnen und damit das Angebot werten. Wenn aber der Inhalt einer „Erklärung“ geprüft wird, hat die Vergabestelle Entscheidungsmöglichkeiten und sie muss eine inhaltliche Prüfung im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes vornehmen. Dann befindet sich die Vergabestelle aber bereits in der zweiten Wertungsstufe.

Da das Angebot der Antragstellerin formal vollständig war, kam ein Ausschluss ihres Angebots gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A nicht in Betracht.

b) Den Vergabestellen ist es jedoch nicht verwehrt, entweder anhand der Verpflichtungserklärung, aber auch unabhängig von dieser Erklärung, die *Eignung* der Nachunternehmer auf der zweiten Wertungsstufe zu prüfen, und zwar genau so, wie sie die Eignung des Bieters prüfen würde.

aa) Das OLG Düsseldorf, 22.12.2004, Verg 81/04 vertrat die Auffassung, dass in den Fällen, in denen *in den Bewerbungs- und Angebotsbedingungen* für den Fall eines Nachunternehmerinsatzes der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers verlangt wird, es sich im Rechtssinne um keinen zusätzlich beizubringenden Nachweis handelt. Mittels der Beauftragung eines Nachunternehmers will der Bieter einen Teil der vertraglichen Leistungen nicht selbst erbringen, sondern durch einen Dritten ausführen lassen.

Im Umfang einer beabsichtigten Nachunternehmerbeauftragung hat der Bieter folglich nicht die eigene Eignung und Leistungsfähigkeit, sondern – und zwar grundsätzlich anhand derselben Anforderungen, die vom Auftraggeber für den Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit des Bieters aufgestellt worden sind- die Leistungsfähigkeit des dritten Nachunternehmers nachzuweisen, was in einem solchen Fall den Nachweis des Bieters ersetzt, im eigenen Unternehmen für die Auftragsdurchführung leistungsfähig zu sein, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2004, Verg 81/04. Will sich ein Bewerber zum Zwecke des Eignungsnachweises auf die Leistungsfähigkeit dritter Unternehmen berufen, muss er –sofern der Auftraggeber daran keine Einschränkungen angebracht hat- die geforderten Erklärungen und Nachweise, auch in der Person des Dritten vorlegen, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.06.2006, Verg 18/06.

Auch das OLG Schleswig, 10.03.2006, 1 Verg 13/05, führt aus, dass eine geforderte Erklärung inhaltlich danach zu prüfen ist, ob die Vergabestelle sich über die Erfüllung der maßgeblichen Kriterien der Vergabeentscheidung hinreichende Gewissheit verschaffen kann. Daraus folge, dass sich die Anwendung des § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A nicht darin erschöpfen könne, eine schematische Vollständigkeitskontrolle der Bietererklärungen vorzunehmen. Denn im Fall einer Nachunternehmererklärung gehe es der Vergabestelle um die Gewinnung von Grundlagen zur Beurteilung der Eignung und der Zuverlässigkeit des Bieters, weiter könne es um die Feststellung der „Selbstausführungsquote“ und der Wirtschaftlichkeit des Angebots gehen.

Die Kammer hält dies für zutreffend und meint, dass die Überprüfung der Eignung der Nachunternehmer auch unabhängig von den geforderten Verpflichtungserklärungen zulässig sein muss.

Dem steht auch nicht die Entscheidung des OLG München, 06.11.2006, Verg 17/06, entgegen, soweit dort ausgeführt wird, dass die Verpflichtungserklärung nicht sicherstelle, dass der Bieter fachkundig sei, sondern dass er lediglich nachweise, dass er verbindlich mit der Leistung des Nachunternehmers disponieren könne. Der Fall des OLG München gab keinen Anlass, den Inhalt der geforderten Nachunternehmererklärung und mithin die Eignung des Bieters und seines Nachunternehmers zu prüfen, weil die geforderte Verpflichtungserklärung überhaupt nicht vorhanden war, so dass das Angebot bereits auf der ersten Wertungsstufe ausgeschlossen werden musste. Nicht entscheidungsrelevant ist auch der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 23.03.2005, Verg 76/04, weil dieser vor dem Inkrafttreten des § 8a Nr. 10 VOB/A ergangen ist.

Gibt es hinsichtlich des Einsatzes von Nachunternehmern also keine einschränkenden Vorgaben in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen, so kann ein Bieter Nachunternehmer benennen, gegebenenfalls geforderte Verpflichtungserklärungen (vgl. dazu Ziffer 7 der Bewerbungsbedingungen aus dem VHB) beifügen und sich hinsichtlich der Eignung auf die von ihm genannten Nachunternehmer berufen. Das Angebot des Bieters stellt insoweit eine Einheit dar; eine Vergabestelle kann ein solches Angebot nur insgesamt annehmen oder ablehnen. Eine Splittung zwischen Eignung des Bieters und Eignung von Nachunternehmern

ist nicht möglich. Der Nachunternehmer ist –so wie die Beigeladene vorgetragen hat- als Erfüllungsgeselle des Hauptunternehmers tätig und seine Zuverlässigkeit ist Teil der gesamten Zuverlässigkeitsprüfung, die die Vergabestelle durchzuführen hat.

bb) Die Kammer ist der Auffassung, dass es den Vergabestellen nicht verwehrt ist –auch dann, wenn sie hinsichtlich der Nachunternehmer keine konkreten Eignungsnachweise in den Verdingungsunterlagen gefordert hat - die Eignung der vom Bieter genannten Nachunternehmer als einen Teil der Eignung auf der zweiten Wertungsstufe zu prüfen, und zwar anhand derselben Regelungen, die auch für den Bieter verbindlich sind.

Dem steht auch nicht § 8a Nr. 10 VOB/A entgegen. In § 8a Nr. 10 VOB/A wird kein Zeitpunkt für die Vorlage der Verpflichtungserklärung bestimmt und darüber hinaus ist die Verpflichtungserklärung nur als Beispiel genannt. Daraus schließt die Kammer, dass eine Vergabestelle –unabhängig von der in § 8a Nr. 10 VOB/A als Beispiel genannten Verpflichtungserklärung- auch andere Möglichkeiten für die Überprüfung der Eignung der Nachunternehmer haben muss.

Beruft sich beispielsweise ein Bieter auf einen Nachunternehmer, der die technischen Gerätschaften für die Durchführung eines Auftrages zur Verfügung stellen soll, so kann die Vergabestelle prüfen, ob sie diese Gerätschaften des Nachunternehmers für ausreichend hält. Ist das nicht der Fall, hat die Vergabestelle das Angebot insgesamt auszuschließen.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Antragsgegnerin für die Leistungen „xxxxxxxxxxxxxxxxarbeiten“ als Teil der Gesamtleistung, nicht nur die Eignung der Bieterin, also der Antragstellerin, sondern insoweit auch die Eignung der Firma xxxxx prüfen durfte.

2. Rechtsgrundlage für den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin ist § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A. Danach können Angebote von Bietern nach § 8 Nr. 5 sowie Angebote, die dem § 21 Nr. 3 Satz 2 nicht entsprechen, ausgeschlossen werden. Der Ausschluss des gesamten Angebots steht somit im Ermessen der Vergabestelle.

Wie bereits ausgeführt, kann eine Vergabestelle die Eignung nur einheitlich prüfen. Folglich kann sie auf der zweiten Wertungsstufe als Teil der Eignung auch die vom Bieter genannten Nachunternehmer auf deren Zuverlässigkeit hin prüfen. Stellt sie Ausschlussgründe in der Person eines Nachunternehmers fest, so kann die Vergabestelle das Angebot nur insgesamt ausschließen, wenn sie das im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung für die einzig richtige Entscheidung hält.

a) Die in § 8 Nr. 5 VOB/A genannten Ausschlussgründe ermöglichen es der Vergabestelle in jedem Verfahrensstadium eine Entscheidung über den Ausschluss des Bieters oder Bewerbers zu treffen. Sie ist dazu nicht verpflichtet, sondern es obliegt allein ihrer Entscheidung, ob sie einen Bewerber trotz bestimmter Verfehlungen zulässt. In einem derartigen Fall hat die Vergabestelle anhand der ihr bekannt gewordenen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, ob sie von der ihr gegebenen Möglichkeit des Ausschlusses Gebrauch machen will. Voraussetzung für den Ausschluss von der Teilnahme am Wettbewerb wegen einer schweren Verfehlung ist danach, dass es zumindest konkrete Anhaltspunkte gibt, z.B. durch entsprechende Aufzeichnungen, Belege oder andere Schriftstücke, wobei allerdings reine Verdachtsmomente nicht ausreichend sind. Der Auftraggeber muss im Rahmen seiner Prüfung zu dem Ergebnis gelangen, dass der Teilnehmer aufgrund seines Verhaltens nicht mehr die Gewähr dafür bietet, die verlangte Bauleistung

in der geforderten Weise zu erbringen. Dazu reicht allein die Feststellung einer schweren Verfehlung noch nicht aus. Vielmehr muss die Vergabestelle im Einzelnen nachvollziehen, ob auf Grund des beanstandeten Verhaltens in der Vergangenheit auch für den zukünftig zu vergebenden Auftrag erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bewerbers bestehen.

Ein ausgeschlossener Bieter hat lediglich Anspruch darauf, dass die Nachprüfungsinstanzen die Entscheidung der Vergabestelle auf Ermessensfehler hin überprüft.

b) Nach § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit. c VOB/A dürfen Bewerber, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit in Frage stellt, von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden. Eine Verfehlung im Sinne von § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit. c VOB/A beinhaltet das Schreiben vom 27.02.2006 an die Firma xxxxx, in dem dieser Firma vertragliche Schlechterfüllung konkret vorgehalten und ihr basierend darauf eine Auftragsperre erteilt wird. Dabei handelt es sich im vorliegenden Fall um eine Wettbewerbs- und nicht um eine Auftragsperre, weil der Firma die Beteiligung an Ausschreibungen, also die Teilnahme am Wettbewerb untersagt wurde.

Eine schwere Verfehlung liegt auch vor, wenn ein besonders vorwerfbares Verhalten, wie z. B. die bewusste Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung, feststellbar ist. Entscheidend ist, dass dem Auftraggeber angesichts des Verhaltens des Bewerbers unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vergabeverfahrens nicht zugemutet werden kann, mit diesem in vertragliche Beziehungen zu treten, LG Düsseldorf, 16.03.2005, 12 O 225/04. Dass nicht jede vertragliche Schlechterfüllung eine schwere Verfehlung im Sinne von § 8 Nr. 5 VOB/A darstellt, steht außer Frage. Wenn aber –wie hier- dem Unternehmen gravierende und an den Bereich des Betrugs angrenzende Verfehlungen vorgeworfen werden und diese zum Anlass für eine Auftragsperre genommen werden, kann davon ausgegangen werden, dass die Vergabestelle es für unzumutbar hält, mit diesem Unternehmen in naher Zukunft Vertragsbeziehungen einzugehen.

Dabei steht das Vorliegen einer schweren Verfehlung bzw. die Rechtmäßigkeit der ausgesprochenen Auftragsperre hier nicht im Streit, und kann von der Antragstellerin auch nicht streitig gestellt werden, denn nicht die Antragstellerin, sondern die Firma xxxxx als betroffenes Unternehmen kann sich gegen diese Auftragsperre wenden und gegebenenfalls gegenüber der Vergabestelle nachweisen, dass diese von der Vergabestelle aufgeführten Ausschlussgründe überhaupt nicht vorliegen.

c) Allein die Feststellung einer schweren Verfehlung reicht nicht aus, den Bieter auszuschließen. Vielmehr hat die Vergabestelle im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung nachvollziehbar darzulegen, warum sie der Auffassung ist, dass der Bieter bzw. der Teilnehmer am Wettbewerb nicht zuverlässig den Auftrag erfüllen wird.

Dabei sind die Wertungsentscheidungen der Vergabestellen nur begrenzt überprüfbar. Ihre Beurteilungsgrenzen sind in der Regel überschritten, wenn das ausgeschriebene Verfahren nicht eingehalten wurde, die Vergabestelle von einem nicht zutreffenden oder nicht vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, in die Wertung willkürliche oder sonst unzulässige Erwägungen eingeflossen sind oder einzelne Wertungsgesichtspunkte objektiv fehlgeachtet wurden, OLG Düsseldorf, 23.03.2005, Verg 68/04; VK Münster 22.07.2005, VK 16/05; VK Düsseldorf, 13.03.2006, VK-08/2006-L.

aa) Zwar hat die Antragsgegnerin hier angenommen, dass ihr hinsichtlich der Eignungsprüfung überhaupt kein Ermessensspielraum zustand. Infolgedessen hat sie die Eignung der

Antragstellerin zunächst nicht vollständig geprüft, sondern das Angebot der Antragstellerin ausweislich des Vergabevermerks bereits aus rein formalen Gründen auf der ersten Wertungsstufe ausgeschlossen. Auch im Nachprüfungsverfahren stellt die Antragsgegnerin vorrangig auf formale Ausschlussgründe ab, weil sie die Verpflichtungserklärung der Firma xxxxx wegen der Auftragsperre als nicht existent betrachtet.

Die Antragsgegnerin verkennt aber, dass sie bei der Verhängung der Auftragsperre gegen die Firma xxxxx ihr Ermessen nur in Bezug auf dieses Unternehmen ausgeübt hat. Zu dem Zeitpunkt gab es noch kein Angebot der Antragstellerin. Als das Angebot vorlag, war die Antragsgegnerin verpflichtet, die Eignung der Antragstellerin - und als Teil davon die Eignung der Nachunternehmer - zu prüfen. Dabei hatte sie erneut zu überlegen, ob sie das Angebot der Antragstellerin annimmt oder nicht. Die Antragstellerin ist hinsichtlich ihrer Eignung nicht gleichzusetzen mit der Nachunternehmerin.

Die Antragsgegnerin hatte diesbezüglich einen Ermessensspielraum, der ihr durch § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A eröffnet wurde. Wenn die Antragsgegnerin die im Streit stehende Auftragsperre nicht selbst ausgesprochen hätte, sondern ein ganz anderer öffentlicher Auftraggeber, dann hätte sie sehr wohl im Rahmen ihrer Ermessenserwägungen überlegt, ob sie diese Auftragsperre in diesem Umfang bei dem Angebot eines anderen Unternehmers berücksichtigt oder nicht.

Dennoch hat die Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen wiederholt Ermessenserwägungen angestellt, die aus ihrer Sicht zwingend zum Ausschluss des Angebots der Antragstellerin führten. Die Antragsgegnerin konnte die gebotene Prognose, ob sie die Zuverlässigkeit der Antragstellerin insgesamt annahm, zulässigerweise auch im Nachprüfungsverfahren nachholen. Die Antragsgegnerin muss nicht verpflichtet werden, außerhalb des Nachprüfungsverfahrens, die Wertung der Zuverlässigkeit der Antragstellerin zu wiederholen, vgl. in diesem Sinne, OLG Düsseldorf, 15.08.2003, Verg 34/03. Vielmehr kann eine von der Vergabestelle nachgeholte Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Bieters sogleich einer Überprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen unterzogen werden.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin Ermessenserwägungen angestellt. Es liegt jedenfalls kein Nichtgebrauch des Ermessens vor, der vergaberechtswidrig gewesen wäre und zu einer Verpflichtung der Antragsgegnerin zu einer Neuwertung geführt hätte. Dass die Antragsgegnerin Ermessenserwägungen anstellte, kann den Schriftsätzen entnommen werden.

bb) Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ist die Entscheidung der Antragsgegnerin auch nicht ermessensfehlerhaft.

Im Einzelnen:

Die Eignung eines Bieters, insbesondere seine Fachkunde und Leistungsfähigkeit, muss im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung geklärt sein und muss in diesem Zeitpunkt bejaht werden können, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.07.2006, Verg 25/06. Dabei ist es nicht entscheidend, das zum Zeitpunkt der Angebotswertung alle Voraussetzungen für die Durchführung des Auftrages vorliegen, VK Münster, Beschluss vom 10.07.2001, VK 15/01. Vielmehr ist es ausreichend, dass der Bieter in der Lage ist, sich bis zur Auftragserteilung die erforderlichen Mittel zu beschaffen, in diesem Sinne auch OLG München, 12.09.2005, Verg 20/05.

Im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung konnte die Antragsgegnerin aufgrund der vorhandenen Unterlagen die Zuverlässigkeit, also die Fachkunde und Leistungsfähigkeit, sicher beurteilen. Sie hat hier auf den Wortlaut der Auftragsperre abgestellt, wonach die Firma xxxxx in einem bestimmten Zeitraum an „Ausschreibungen des xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx NRW“ nicht teilnehmen durfte. Die Antragsgegnerin hat diesen Zeitpunkt als maßgeblich angesehen, was grundsätzlich sachlich nachvollziehbar und nicht willkürlich ist, und somit vergaberechtlich nicht beanstandet werden kann. Die Antragsgegnerin hätte hier auch auf den Zeitpunkt der Leistungsausführung abstellen können, was sie aber nicht getan hat. Dies kann ihr im Rahmen einer Ermessensentscheidung nicht als vergaberechtswidrig entgegengehalten werden.

Bei dieser Einschätzung ist die Antragsgegnerin im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens geblieben. Der Wortlaut war aus der Sicht der Antragsgegnerin maßgebend. Darüber hinaus hat sie im Schriftsatz vom 02.01.2007 darauf abgestellt, dass die Baustellenumfahrung einschließlich erforderlicher xxxxxxxxxxxxarbeiten schon zu einem frühen Zeitpunkt erforderlich gewesen wäre. Ausweislich des Bauzeitenplans der Antragstellerin wären diese Arbeiten ca. Mitte Januar 2007 angefallen. Also musste mit diesen Arbeiten vor Ablauf der Sperrfrist begonnen werden.

Dann hat die Antragsgegnerin wiederholt auf die rechtliche Verbindlichkeit der Auftragsperre hingewiesen und vorgetragen, dass eine andere Entscheidung, die keinen verbindlichen Ausschluss des Angebotes in Fällen der vorliegenden Art nach sich zieht, dazu führen würde, dass Auftragsperren ohne weiteres dadurch umgangen werden können, dass der ausgeschlossene Bewerber sich über einen Generalunternehmer wieder in den Wettbewerb einbringt.

Schließlich hat die Antragsgegnerin diese Auftragsperre selbst ausgesprochen, so dass eine Nichtbeachtung ihr als widersprüchliches Verhalten vorgehalten werden könnte. Im Rahmen einer Abwägung von unterschiedlichen Gesichtspunkten kann der Antragsgegnerin diesbezüglich nicht vorgehalten werden, dass sie an der zuvor von ihr getroffenen Entscheidung festhält. Dies ist weder eine unzulässige noch willkürliche Erwägung, sondern sachlich nachvollziehbar.

Auch die Tatsache, dass die Antragstellerin keine Kenntnisse über die Auftragsperre ihrer Nachunternehmerin gehabt hat, hat die Antragsgegnerin nicht zu einer anderen Vergabeentscheidung bewegt. Auf die Rüge der Antragstellerin vom 12.12.2006 hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 15.12.2006 ihre Auffassung wiederholt. Sie war nicht bereit, den Ausschluss der Antragstellerin rückgängig zu machen. Im Nachprüfungsverfahren stellt die Antragsgegnerin darauf ab, dass insoweit der Bieter das Risiko trage, wenn er keine Kenntnis von der temporären Auftragsperre hat und deshalb mit seinem Angebot ausscheidet, weil er ein vollständiges und eindeutiges Angebot abzugeben habe und ihm folglich jede Unzulässigkeit des Angebotes zuzurechnen sei, ohne dass es auf seine subjektive Vorstellung oder positive Kenntnis ankomme. Auch diese Gesichtspunkte sind im Rahmen einer Ermessensentscheidung nicht sachwidrig, entsprechen den üblichen im Rechtsverkehr herrschenden Gepflogenheiten und können somit nicht als ermessensfehlerhaft angesehen werden.

Soweit die Antragstellerin darauf abstellt, dass der Leistungsanteil des Nachunternehmers hier lediglich 3,45% der Gesamtangebotssumme betragen wird, handelt es sich um einen Sachverhalt, den die Antragsgegnerin anders bewertet hat. Aus dem Gesamtvortrag der Antragsgegnerin lässt sich entnehmen, dass das Festhalten an der Auftragsperre für sie die oberste Priorität hatte. Alle Gesichtspunkte, die im Rahmen einer Ermessensentscheidung zugunsten der Antragstellerin hätten ausgelegt werden können, wie der nur geringfügige Umfang des im Streit stehenden Nachunternehmereinsatzes, hat die Antragsgegnerin nicht gelten lassen. Das kann

ihr aber vergaberechtlich nicht vorgehalten werden. Vielmehr ist der Beurteilungsspielraum einer Vergabestelle sehr umfassend und nur dann, wenn die o.g. Grenzen erreicht oder überschritten werden, stellt dies einen Vergaberechtsverstoß dar.

Im Ergebnis ist die in den Schriftsätzen nachgeholte Ermessensentscheidung der Antragsgegnerin nicht vergaberechtswidrig.

cc) Die Antragsgegnerin war auch nicht gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zu einer Aufklärung verpflichtet. Nach Öffnung der Angebote darf gemäß § 24 VOB/A bis zur Zuschlagserteilung mit den Bietern über ihre Angebote nur verhandelt werden, um Zweifel über die Angebote oder die Eignung der Bieter zu beheben. Es ist keinesfalls statthaft, Änderungen an dem Angebot vorzunehmen. Da die Antragsgegnerin die Firma xxxxx auf keinen Fall als Nachunternehmerin akzeptieren wollte, hätten mögliche Aufklärungsverhandlungen zu keinem anderen Ergebnis geführt. Da die Benennung der Nachunternehmer als wettbewerbsrelevant angesehen wird, konnte die Antragstellerin in ihrem Angebot den bereits benannten Nachunternehmer für die xxxxxxxxxxxxarbeiten nicht mehr austauschen. Aufklärungsverhandlungen wären somit ins Leere gelaufen.

3. Der Antragsgegnerin kann auch nicht vorgehalten werden, dass sie durch die Wertung des Angebots der Antragstellerin auf der dritten Wertungsstufe die Eignungsprüfung bereits endgültig und verbindlich gegenüber der Antragstellerin abgeschlossen hatte und sie mithin nicht mehr in eine vorhergehende Wertungsstufe zurückspringen durfte.

a) Ausweislich des Vergabevermerks hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin bereits auf der ersten Wertungsstufe ausgeschlossen. Unter Ziffer 3.3 des Vergabevermerks führt sie unter dem Gesichtspunkt „Feststellungen aus der formalen und rechnerischen Prüfung“ zum Angebot der Antragstellerin aus: Der Bieter wird von der weiteren Wertung ausgeschlossen.

Dem Vergabevermerk lag eine Tabelle „Vorzulegenden Nachweise EG-Ausschreibung“ bei, in der die Antragsgegnerin den technischen Wert der Angebote bewertet hatte. Alle Angebote, die die Antragsgegnerin formal für nicht vollständig hielt, waren in dieser Tabelle eingetragen und bewertet worden, aber durchgestrichen. Nur die als formal vollständig geprüften Angebote von insgesamt drei Bietern waren nicht durchgestrichen worden.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kann hieraus nicht geschlossen werden, dass die Antragsgegnerin diese unvollständigen Angebote tatsächlich auf der dritten Wertungsstufe verbindlich geprüft, d.h. inhaltlich miteinander verglichen hat. Vielmehr hat die Antragsgegnerin sich offensichtlich nur einen Überblick über den technischen Wert, der als Zuschlagskriterium mit 10% angegeben war, verschaffen wollen. Das Durchstreichen in der Übersicht verdeutlicht, dass diese Angebote nicht mehr formal auf der dritten bzw. vierten Wertungsstufe geprüft wurden. Zudem war in dieser Tabelle bezüglich des Angebots der Antragstellerin der Hinweis auf die Firma xxxxxxxx aufgenommen worden, woraus ebenfalls geschlossen werden kann, dass dieses Angebot von der Antragsgegnerin bereits ausgeschlossen worden war.

Dies Ergebnis wird auch durch die 2. Anlage zum Vergabevermerk bestätigt. Dort wurden nur noch die drei vollständigen Angebote in eine Bieterliste aufgenommen und anhand der beiden Zuschlagskriterien bewertet und in eine Rangfolge gebracht.

Letztlich kann das dahin stehen, weil die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren wiederholt die Auffassung vertreten hat, dass sie das Angebot der Antragstellerin bereits auf der ersten Wertungsstufe ausgeschlossen habe, weil aus ihrer Sicht die zwingend erforderliche Verpflichtungserklärung eines Nachunternehmers nicht vorlag. Erst auf den Hinweis der Kammer hin, hat die Antragsgegnerin überhaupt Ermessenserwägungen angestellt, die auf der zweiten Wertungsstufe zu prüfen waren. Daraus kann nur geschlossen werden, dass die Antragsgegnerin im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung im Dezember 2006 das Angebot der Antragstellerin nicht verbindlich auf der zweiten oder dritten Wertungsstufe geprüft hat. Ein Vergleich sämtlicher Angebote und die Festsetzung einer Rangfolge hat nicht stattgefunden.

b) Darüber hinaus ist es einer Vergabestelle grundsätzlich nicht verwehrt, nachträglich in eine Wertungsstufe zurückzuspringen. Auch wenn ein Angebot bereits in die Wirtschaftlichkeitsprüfung gelangt ist, kann eine Vergabestelle nachträglich die Eignung eines Bieters prüfen. Denn der öffentliche Auftraggeber hat Umstände, welche die Leistungsfähigkeit des Bieters betreffen, bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens, d.h. bis zur rechtswirksamen Zuschlagserteilung, zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung unterscheidet hier zwischen den zwingenden Ausschlussgründen und den Ausschlussgründen, die auf einer Ermessensentscheidung beruhen, vgl. u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.05.2003, Verg 16/03 oder Beschluss vom 05.07.2006, Verg 25/06, wobei bei den letztgenannten Ausschlussgründen eine erneute Eignungsprüfung nur möglich ist, wenn sich der Lebenssachverhalt aufgrund neu eintretender Umstände verändert hat.

Wie bereits ausgeführt, kann anhand des Vergabevermerks und den Ausführungen der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren nur gefolgert werden, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin lediglich auf der ersten Wertungsstufe verbindlich geprüft und auf dieser Wertungsstufe bereits aus formalen Gründen ausgeschlossen hat.

Erst im Nachprüfungsverfahren hat die Antragsgegnerin eine Ermessensentscheidung hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin nachgeholt, woraus sich zwangsläufig ergibt, dass sie im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung das Angebot der Antragstellerin nicht auf der zweiten Wertungsstufe geprüft hat, weil sie dies nicht für zulässig hielt. Der Eintritt in die dritte Wertungsstufe hätte aber erst nach Abschluss der zweiten Wertungsstufe erfolgen dürfen. Genau bis zu dieser Wertungsstufe ist das Angebot der Antragstellerin vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nicht mehr gekommen. Allein die Aufnahme in der tabellarischen Übersicht rechtfertigt diese Auffassung nicht, denn diese Tabelle ist im Zusammenhang mit den Ausführungen im Vergabevermerk zu sehen. Nach Ziffer 3.3 des Vergabevermerks waren die Angebote der betreffenden Bieter definitiv von der weiteren Wertung ausgeschlossen.

4. Bei dieser Sachlage lässt es die Kammer dahingestellt, ob die von der Firma xxxxx erteilte Verpflichtungserklärung tatsächlich rechtlich verbindlich war. Zweifel an der Rechtsverbindlichkeit haben sich erst im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens ergeben, weil mit Schreiben vom 10.01.2007 die Firma xxxxx nunmehr erklärte, die Verpflichtungserklärung sei von einem nicht autorisiertem Mitarbeiter ohne Kenntnis des Geschäftsführers unterschrieben worden. Eine Beweisaufnahme darüber ist nicht erforderlich, weil das Ergebnis – berücksichtigt man die o.g. Ausführungen- nicht mehr entscheidungsrelevant ist.

5. Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass hier eine Vermischung von Wertungsstufen, die vergaberechtlich unzulässig ist, nicht festgestellt werden kann. Der Vergabevermerk ist folgerichtig aufgebaut und die Übersichtstabellen lassen nicht den Schluss zu,

dass die Antragsgegnerin die bereits aus formalen Gründen ausgeschlossenen Angebote tatsächlich als gleichwertig in der Wertung berücksichtigt hat.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag somit als unbegründet zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 1 GWB, wonach die Antragstellerin als unterliegende Partei die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Kammer zu tragen hat. Entsprechend der bundesweit einheitlich verwandten Gebührenstaffel ist eine Gebühr in Höhe von xxxxx € ausgehend von einem Auftragswert basierend auf dem Angebot der Antragstellerin von ca. xxxxx Mio. € anzusetzen.

IV.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen, § 128 Abs. 4 GWB. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NRW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Vergaberecht und dem allgemeinen Verfahrensrecht hier streitentscheidend waren.

Die Erstattung von außergerichtlichen Kosten für Beigeladene ist in Verfahren vor der Vergabekammer möglich, wenn die Beigeladene sich aktiv am Verfahren beteiligt, Schriftsätze einreicht und an der mündlichen Verhandlung teilnimmt, OLG Düsseldorf, 29.05.2006, Verg 79/04 und der Antragsteller sich mit seinem Nachprüfungsantrag, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zum Beigeladenen stellt, wie das hier der Fall war, indem beantragt wurde, den Zuschlag nicht auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, OLG Düsseldorf, 12.01.2006, Verg 86/05.

Als unterliegende Partei hat die Antragstellerin die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu tragen.

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

Hartmann