

Vergabekammer Berlin



Vorblatt zum Beschluss

Aktenzeichen	VK B 2 - 5/09
--------------	---------------

Datum des Beschlusses	4. Mai 2009
-----------------------	-------------

Bestandskraft	ja
---------------	----

Vergabeart	Offenes Verfahren VOB/A
------------	-------------------------

Rechtsnormen	§ 97 Abs. 7 GWB, § 98 Nr. 2 GWB § 107 Abs. 2 GWB, § 111 Abs. 1 u. 2 GWB, §§ 5 Nr. 1 und 9 Nr. 1 – 3 VOB/A
--------------	---

Leitsätze	<ol style="list-style-type: none">1. Ein Unternehmen, das ohne Abgabe eines Angebots ein Nachprüfungsverfahren einleitet, ist nur antragsbefugt, soweit es hinreichend darlegt, dass es ihm durch die gerügten Vergaberechtsverstöße verwehrt war, überhaupt ein rechtmäßiges Angebot abzugeben.2. Die Pauschalierung einzelner Leistungspositionen, deren Umfang im Verhältnis zum Gesamtumfang des Auftrags als geringfügig anzusehen ist, hindert ein interessiertes Unternehmen nicht an der Abgabe eines Angebots, wenn der Preis insgesamt kalkulierbar bleibt.3. Zum Umfang der Akteneinsicht
------------------	--

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK - B 2 - 5/09



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

Verfahrensbevollmächtigte:

- Antragstellerin -

gegen

Verfahrensbevollmächtigte:

- Antragsgegnerin -

wegen des Bauauftrags

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. April 2009 durch den Vorsitzenden Schramm, den hauptamtlichen Beisitzer Dr. Bernhardt sowie den ehrenamtlichen Beisitzer Berndt am 4. Mai 2009 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt
4. Die Kosten der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) werden auf 3000 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im Dezember 2008 den Bauauftrag „Bauleistungen ..., 1. Bauabschnitt, ...“ nach VOB/A im Offenen Verfahren EU-weit aus. Der Auftrag umfasste etwa 18.300 m² Betonsanierung und Wärmedämmung einschließlich Endbeschichtung, Lieferung und Einbau von ... Fensterbänken, die Erstellung von ... Fußbodenbeschichtung sowie ... Deckendämmung und ... Innendämmung.

Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Nebenangebote/Alternativangebote waren laut Bekanntmachung und Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht zugelassen. ...

Mit den Verdingungsunterlagen ... erhielten die .. Bewerber Pläne (Übersichtspläne, Grundrisse, Detailpläne, Lageplan u.a.) sowie Anlagen zur Bemessung der erforderlichen Dübelzahl für das Wärmeverbundsystem an den einzelnen Baukörpern. Das Leistungsverzeichnis enthielt darüber hinaus allgemeine Hinweise zur Auftragsausführung. Es trug den Titel: „Leistungsverzeichnis für ein Pauschalangebot ...“

In Ziffer 2.3.1 (...) fand sich folgender Satz 1:

„Bei der Angebotsbearbeitung kann der Bieter Alternativvorschläge in Form von Nebenangeboten machen, sofern sie zu Preisreduzierungen führen.“

Zu weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeakten verwiesen.

Innerhalb der verlängerten Abgabefrist gingen 33 Angebote ein. Die Antragstellerin forderte die Angebotsunterlagen an und erhielt diese am XX. Dezember 2008. Sie gab kein Angebot ab. Vielmehr rügte sie mit Schreiben vom XX. Januar 2009

1. die Zulässigkeit von Nebenangeboten sei widersprüchlich geregelt,
2. Ziffer 1.4 BVB (Planungsänderung vor Ausführungsbeginn) bürde dem Auftragnehmer ein unzumutbares Wagnis auf,
3. Ziffer 7 BVB (unentgeltlich zur Verfügung gestellte Baustoffe, Bauteile) sei nicht ausgefüllt,

4. Position 3... (Karbonspachtel) sei unzulässigerweise nicht produktneutral, da andere Fabrikate diesen Spachtel nicht benötigten,
5. ein Pauschalpreis dürfe nicht verlangt werden (§ 5 Nr. 1 b VOB/A),
6. die Leistung sei nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben (§ 9 Nr. 1. 1 VOB/A),
7. Positionen 3... und 3... (Loggiabrüstungen) seien schwer kalkulierbare „Mischpositionen“,
8. /9./10. Die Änderungen des Leistungsverzeichnisses ... verstoße gegen Vergaberecht, die gestrichene Position 2.3.230 (Karbonspachtel) sei nicht aus dem Leistungsverzeichnis entfernt worden,
11. durch die vielen Streichungen sei die Ausschreibung unübersichtlich geworden und damit nicht mehr transparent,
12. der Zeitpunkt der Abgabe von Nachunternehmererklärungen sei widersprüchlich geregelt (Ziffer 10 BwB und Anlage 2b).

Die Antragsgegnerin wies die Rüge der Antragstellerin zurück, stellte aber zugleich mit einem Schreiben ... an alle Bewerber klar,

1. Nebenangebote seien nicht zugelassen,
2. Ziffer 1.4 BVB komme nicht zur Anwendung,
3. Ziffer 7.1 BVB werde durch entsprechende Angaben (Austauschseite) ergänzt,
4. bei Positionen 2..., 2... und 2... handele es sich um geschädigte Einzelflächen von circa 0,25 bis 0,5 m²,
5. die Positionen 2..., 2... und 2... werden durch die Angabe zur Länge des unteren Fassadenabschlusses ergänzt,
6. die Anlage .. (Nachunternehmer) sei mit dem Angebot vorzulegen

und fasste in einem gesonderten Punkt 7 alle bisherigen „Klarstellungen zu den Vergabe- und Verdingungsunterlagen“ zusammen.

Dem entgegnete die Antragstellerin mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten ..., das Angebot sei auch nach den Ergänzungen des Leistungsverzeichnisses als Pauschalvertrag für sie immer noch nicht kalkulierbar. Die Leistungsbeschreibung entspreche nicht der DIN 18349, die Betonsanierung sei weitaus komplexer und aufwendiger als im Leistungsverzeichnis dargestellt. Dem Bieter werde ein unzumutbares Wagnis aufgebürdet.

Dem trat die Antragsgegnerin (mit der Äußerung ihres Unverständnisses) erneut entgegen. Sie half der Rüge nicht ab.

Mit Schriftsatz vom 12. Februar 2009, der am selben Tag bei der Vergabekammer eingegangen ist, beantragt die Antragstellerin die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens.

Sie beruft sich auf ihr bisheriges Vorbringen und führt aus, angesichts des in vielen Punkten unbestimmten Leistungsverzeichnisses könne ein Pauschalangebot nicht abgegeben werden. Insbesondere die geschädigte Betonfläche sei mit 15-20% und Beschreibung der Einzelflächen nicht hinreichend beschrieben. Auch die Art der gewünschten Leistung sei nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Schließlich führten die vielen Änderungen der Vergabeunterlagen dazu, dass man als Bieter nicht mehr klar erkennen könne, welche Erklärungen wann gefordert würden.

Darüber hinaus macht die Antragstellerin geltend, der Vergabevermerk entspreche nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Dokumentation.

Auch die verdeckte Ausschreibung eines Leitfabrikats bestehe fort. Angesichts der vielen Mängel bleibe nur die Aufhebung und Neuausschreibung.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Ausschreibung aufzuheben und unter Berücksichtigung der Vorgaben der VOB/A erneut auszuschreiben,
2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin notwendigen Auslagen aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin notwendigen Auslagen aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Sie hält den Antrag für unzulässig, weil die Antragstellerin nicht antragsbefugt sei. Da diese kein Angebot vorgelegt habe, fehle ihr das Interesse am Auftrag. Ihr Vortrag, sie sei aufgrund der Verdingungsunterlagen an einer Angebotsabgabe gehindert gewesen, stelle eine offensichtliche Schutzbehauptung dar. Es fehle auch die Darlegung eines drohenden Schadens.

Weiterhin habe die Antragstellerin die vermeintlichen Verstöße nicht unverzüglich gerügt. Denn sie habe die Vergabeunterlagen innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt auf Vollständigkeit und Verständlichkeit prüfen müssen und daher spätestens am X. Januar 2009 eine Rüge vorbringen müssen. Insbesondere die Forderung eines Pauschalpreises sei ohne nähere

Prüfung den Unterlagen zu entnehmen gewesen. Erst recht seien die am X. Februar vorgebrachten Umstände verspätet gewesen.

Schließlich sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet.

Die Pauschalierung der Angebotssumme sei im vorliegenden Fall zulässig, weil es sich um die Sanierung von Plattenbauten handele, die mittels baubetrieblich und bautechnisch einfacher „Standardmaßnahmen“ in überschaubaren räumlichen Verhältnissen durchgeführt werde.

Ein unzumutbares Wagnis entstehe nicht, weil die Regelungen der VOB/B zu erheblichen Mengenänderungen sowie zusätzlichen Leistungen auch bei Pauschalpreisverträgen Anwendung fänden.

Die Bedarfspositionen seien unschädlich, da sie nicht in den Gesamtpreis eingingen, sondern – unter Angabe der genauen Mengen – lediglich Einheitspreise abforderten.

Die Betonsanierung der Brüstung (...) und der Fassadenflächen (...) sei – entgegen der Ansicht der Antragstellerin - kalkulierbar. Denn die Planunterlagen sowie die Angaben zum Schädigungsgrad (15-20% der Gesamtfläche) und zur Größe der Einzelflächen (0,25-0,5 m²) böten hierfür eine ausreichende Grundlage.

Schließlich bestehe kein Widerspruch zwischen den Minimalanforderungen (...) an eine fachgerechte Montage des Wärmedämmverbundsystems (WDVS) und der Forderung, ein Korrosionsschutzsystem auf die freigestrahlte Bewehrung aufzubringen. Es handele sich um verschiedene Phasen der Sanierungsmaßnahme.

Die auszuführenden Leistungen seien auch eindeutig und erschöpfend beschrieben. Insbesondere werde der DIN 18349 entsprochen.

Die Antragsgegnerin habe (...) kein verdecktes Leitfabrikat ausgeschrieben, da die Positionen durch eine produktneutrale Formulierung ersetzt worden seien.

Schließlich seien die mit den Bewerberinformationsschreiben vorgenommenen Korrekturen und Klarstellungen zum Leistungsverzeichnis nicht so grundlegender Natur gewesen, dass sie eine Neuausschreibung erfordert hätten. Die Übersichtlichkeit der Vergabeunterlagen habe auch nicht gelitten.

Die Antragstellerin hat Einsicht in den Vergabevermerk erhalten. Dem Antrag auf weitergehende Einsicht in die Vergabeakte hat die Kammer nicht stattgegeben.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

1. Der Antrag auf Nachprüfung ist unzulässig.

Nach § 131 Abs. 8 GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009, sind auf das streitige Vergabeverfahren und dieses Nachprüfungsverfahren die vor dem 24. April 2009 geltenden Vorschriften anzuwenden.

a) Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB. Bei sozialen Wohnungsunternehmen reicht allein der gewachsene wettbewerbliche Druck auf dem Wohnungs- und Grundstücksmarkt nicht aus, um die Aufgabenwahrnehmung insgesamt als gewerblich zu klassifizieren. Denn anders als bei privaten Unternehmen am Markt kann sich ein sozialer Wohnungsversorger nicht dem in dem Gesellschaftsvertrag festgelegten Zweck durch wirtschaftliche Überlegungen entziehen (VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 03.11.2004 VK SH-28/04; VK Berlin, Beschl. v. 26.08.2004 – VK-B-1-36/04). Die übrigen Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB liegen bei einem Wohnungsunternehmen vor (vgl. KG Beschl. v. 11.11.04 – 2 Verg 16/04; Beschl. v. 13.11.03 – 2 Verg 4/03). Demgemäß ordnet Kammer auch die Antragsgegnerin als öffentlichen Auftraggeber ein.

Der zu vergebende Auftrag ist ein öffentlicher Bauauftrag nach §§ 99 Abs. 3 GWB, 6 VgV. Sein Gesamtwert überschreitet den Schwellenwert von 5.150.000 € (§ 2 Nr. 4 VgV). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Berlin folgt aus § 18 Abs. 7 i.V.m. Abs. 2 VgV.

b) Die Antragstellerin ist nicht nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Mit ihrer Bewerbung und dem eingeleiteten Rügeverfahren hat sie zunächst zwar ein Interesse am ausgeschriebenen Auftrag bekundet, aber einen ihr drohenden Schaden nicht dargelegt.

aa) Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags ist, dass die sonstigen Voraussetzungen der §§ 107, 108 GWB erfüllt sind (BGH, Beschl. v. 18.2.03 - X ZB 43/02; OLG Naumburg, Beschl. v. 13.10.06 - 1 Verg 7/06; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.03 - Verg 59/03). Weiterhin ist erforderlich und hinreichend, dass der Bieter schlüssig behauptet, welche Vergaberechtsvorschriften der Auftraggeber im Laufe des Verfahrens verletzt haben soll und dass der Bieter ohne die behauptete Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zuschlags hätte, so dass ein drohender oder eingetretener Schaden auf die vermeintliche Verletzung

der Vorschriften zurückzuführen ist (BGH, Beschl. v. 18.5.04 - X ZB 7/04). Die Kausalität zwischen Vergaberechtsverstoß und Schaden ist nicht gesondert darzulegen.

Die Antragstellerin hat geltend gemacht und dargelegt, dass sie durch die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses an der Erstellung eines kalkulierbaren Angebots gehindert war und damit nach der Auftraggeberin ihrer Ansicht nach Vergaberecht verletzt hat. Mit ihrem Verhalten könnte die Antragsgegnerin die Voraussetzungen der §§ 5 Nr. 1 und 9 Nr. 1 – 3 VOB/A missachtet sowie gegen das Gebot einer produktneutralen Ausschreibung (§ 9 Nr. 10 VOB/A) als Ausprägung des Wettbewerbsgrundsatzes (§ 97 Abs. 1 GWB) verstoßen haben. Vorausgesetzt, die von ihr gerügten Vergaberechtsverstöße erwiesen sich als zutreffend und könnten nicht in rechtmäßiger Weise innerhalb des laufenden Vergabeverfahrens beseitigt werden, eröffnete eine Aufhebung des Verfahrens und erneute Ausschreibung der Antragstellerin die realistische Chance auf Erteilung des Zuschlags.

Ihre Antragsbefugnis ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Antragstellerin selbst kein Angebot abgegeben hat. Ein Unternehmen ist auch ohne Abgabe eines Angebots berechtigt, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, wenn dieses Verfahren gerade der Überprüfung von vergaberechtsfehlerhaften Ausschreibungsunterlagen dienen soll, die das Unternehmen an der Erstellung eines zulässigen Angebots hindern (BayObLG Beschl. v. 20.8.01, Verg 11701; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.3.07, VK 07/07-B; OLG Frankfurt, Beschl. v. 28.10.03, 11 Verg 9/03). Dies macht die Antragstellerin geltend, indem sie rügt, die Leistungen seien zur Abgabe eines Pauschalangebots nicht genau bestimmt und damit ungeeignet, die Ausschreibung sei nicht produktneutral und nach Einfügung zahlreicher Änderungen nicht mehr hinreichend transparent.

bb) Allerdings legt die Antragstellerin nicht hinreichend dar, dass es ihr durch die vermeintlichen Vergabeverstöße verwehrt war, überhaupt ein rechtmäßiges Angebot abzugeben.

Der Antragstellerin war es, unterstellt die Vergaberechtsverstöße erwiesen sich als zutreffend, dennoch zumutbar, ein Angebot abzugeben. Denn soweit die Antragsgegnerin den Rügen nicht abgeholfen hat, fallen die verbliebenen Gesichtspunkte im Verhältnis zum Gesamtwert des ausgeschriebenen Auftrags nicht derart ins Gewicht und sind nicht so grundlegend oder schwerwiegend, dass sie eine Aufhebung der Ausschreibung erfordern.

Die Positionen zur Betonsanierung, die pauschaliert zu kalkulieren waren, beliefen sich nach Feststellungen der Kammer im Durchschnitt aller abgegebenen Angebote auf 5-7% der Angebotssummen. Wie die Antragsgegnerin zu Recht anmerkt, sind erhebliche Mengenänderungen nach § 2 Nr. 7 VOB/B auch bei Pauschalpreisen zu berücksichtigen. Damit hatte die Antragstellerin aus Sicht eines durchschnittlichen Bieters aufgrund der Pauschalierung ein Risiko von maximal 1-2% ihrer Angebotssumme zu berücksichtigen. Schwankungen in die-

sem Bereich sind weder als ungewöhnliches Wagnis anzusehen, das die Abgabe eines Angebots gänzlich unzumutbar werden ließe, noch als Ungewissheit, die eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation des Angebotspreises für den Bieter unmöglich machte. Denn vergaberechtlich sind alle Regelungen eines auf einem öffentlichen Auftrag basierenden Leistungsverhältnisses hinzunehmen, die dem Bieter noch eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation seines Angebotspreises ermöglichen (2. VK Bund, Beschl. v. 15.11.07 – VK 2 102/07; 1. VK Bund, Beschl. v. 14.9.07 – VK 1 101/07; Beschl. v. 9.5.07 – VK 1 26/07; 1. VK Sachsen, Beschl. v. 9.2.09 – 1/SVK/071/08). Die Kalkulierbarkeit ist jedenfalls bei der angegebenen Größenordnung unzweifelhaft. Anders wäre es allenfalls, wenn der Auftraggeber auch die Vergütung von Mehrleistungen von über 10% ausschlosse (VK Düsseldorf, Beschl. v. 24.1.2001 - VK-31/2000-B). Dass die Antragstellerin von einem wesentlich höheren Anteil der Pauschalleistungen ausging, hat sie nicht dargelegt. Ebenso wenig ist sie darauf eingegangen, inwieweit ihr die Bedarfspositionen im Einzelnen eine Kalkulation unmöglich machten, sondern sie hat sich lediglich allgemein auf deren Unzulässigkeit berufen.

Warum es ihr nach Rücknahme der Angaben zum Leitfabrikat (...) und der unmissverständlichen Erklärung der Antragsgegnerin weiterhin nicht möglich gewesen sein soll, aufgrund eines nur noch formalen Mangels des Leistungsverzeichnisses, überhaupt ein Angebot abzugeben, erschließt sich der Kammer nicht. Die Antragstellerin war - gegebenenfalls unter Berufung auf die Änderung und Rüge des fortbestehenden formalen Mangels – ebenso wenig wie andere Bieter daran gehindert, das von ihr bevorzugte Fabrikat anzubieten. Denn dass es kein den Vorgaben gleichwertiges Fabrikat gebe, hat die Antragstellerin nicht vorgebracht und dürfte wohl angesichts der vielen unterschiedlichen angebotenen Produkte wohl auch kaum darzulegen sein.

Auch die nach den zahlreichen Korrekturen und Klarstellungen verminderte Übersichtlichkeit der Leistungsanforderungen führte nicht dazu, dass eine Angebotsabgabe unzumutbar wurde. Die dadurch erschwerten Bedingungen trafen alle Bewerber gleichermaßen. Die Antragsgegnerin hat diesem Umstand durch eine Verlängerung der Angebotsfrist in angemessener Weise Rechnung getragen.

Die Antragstellerin hat sich durch ihren Verzicht auf die zumutbare Abgabe eines Angebots der Chance auf die Zuschlagserteilung beraubt. Sie war durch die gerügten Vergaberechtsverstöße jedenfalls nicht an der Abgabe eines zulässigen Angebots gehindert.

Ein drohender Schaden wird somit nicht hinreichend dargelegt.

c) Darauf, ob die Antragsstellerin die geltend gemachten Verstöße ordnungsgemäß und nach Kenntniserlangung unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB gerügt hat, kommt es daher nicht mehr an.

2. Der Antrag erwiese sich im Übrigen, auch wenn man die Antragsbefugnis und Erfüllung der Rügeobliegenheit zu Gunsten der Antragstellerin unterstellte, als unbegründet.

Denn die Antragsstellerin war durch Art und Umfang der Ausschreibung, insbesondere der Leistungsbeschreibung, an der Abgabe eines kalkulierbaren und zulässigen Angebots nicht gehindert und daher nicht in ihrem Recht auf das Einhalten der Bestimmungen über das Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 7 GWB) verletzt. Die geltend gemachten Verstöße sind nicht derart gravierend, dass sie eine Aufhebung der Ausschreibung rechtfertigten.

a) Ein Anspruch auf Aufhebung des Vergabeverfahrens kommt als „ultima ratio“ nur dann in Betracht, wenn dieses mit derartig gravierenden Mängeln behaftet ist, dass diese im Rahmen des Verfahrens nicht mehr heilbar sind (OLG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 30.6.05, 6 Verg 5/05). Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn die Leistungsbeschreibung und die Preisermittlungsgrundlagen derart unklar sind, dass kein sachgerechtes Angebot abgegeben werden kann. Wenn dagegen Maßnahmen möglich sind, das eingeleitete Vergabeverfahren auf eine andere Weise zu beenden, die in Übereinstimmung mit den grundlegenden Grundsätzen für die Vergabe öffentlicher Aufträge zu bringen ist, kann der Auftraggeber nicht zu einer Aufhebung verpflichtet werden. (BGH, Urt. v. 26.9.06 - X ZB 14/06; Urt. v. 1. 8.06 - X ZR 115/04; OLG Düsseldorf ZfBR 2006, 513, 514, ähnlich Müller-Wrede/Schade, VergabeR 2005, 460, 465). § 26 Nr. 1 VOB/A schreibt vielmehr nur die Sachverhalte fest, in denen der öffentliche Auftraggeber, ohne gegen Vergaberecht zu verstoßen, ein eingeleitetes Vergabeverfahren aufheben darf. Eine Verpflichtung zur Aufhebung der Ausschreibung ist demnach nur auszusprechen, wenn der Auftraggeber an der Vergabe festhalten will und eine rechtmäßige Fortführung des Verfahrens unter keinen Umständen denkbar wäre.

Die Voraussetzungen liegen bei den hier geltend gemachten Verstößen nicht vor. Die Antragstellerin war nicht an der Abgabe eines Angebots gehindert. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass das Leistungsverzeichnis im Hinblick auf die bezeichneten Positionen unzureichend wäre, machten diese Gesichtspunkte es jedenfalls der Antragstellerin nicht unmöglich, ein kalkulierbares Angebot abzugeben. Somit hatte sie bereits keinen Anspruch auf Aufhebung der Ausschreibung.

aa) Die Verwendung der Pauschalpositionen war in dem gegebenen Rahmen nicht zu beanstanden.

Nach § 5 Nr. 1 Buchst. b VOB/A ist ein Pauschalvertrag in geeigneten Fällen zulässig, wenn die Bauleistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist. Dabei kann sich die Pauschalvereinbarung auch auf Teile der Leistung beziehen (BayObLG, Beschl. v. 2.12.02 – Verg 24/02; Rusam in: Heiermann u.a. Handkomm. zur VOB, 10. A. § 5 VOB/A Rn 15; Kehrberg in: Völlink/Kehrberg VOB/A § 5 Rn 11 ff.).

Der Auftraggeber darf grundsätzlich Bedarfs- und Wahlpositionen in das Leistungsverzeichnis aufnehmen (Kehrberg in: Völlink/Kehrberg VOB/A § 5 Rn 7 f.). Er hat jedoch deutlich zu machen, inwieweit er diese Eventualleistungen bei der Angebotswertungen heranzieht (Kehrberg a.a.O. Rn 10). Darüber hinaus dürfen diese Positionen nur einen geringen Umfang (höchstens 10%) des Auftragswertes ausmachen. Diese Voraussetzungen erfüllt die Ausschreibung. Auf Seite 3 wird unter Hinweisen zur Kalkulation (...) klargestellt, dass diese Positionen nicht Bestandteil der Pauschalpreisvereinbarung werden und damit nicht in den Gesamtpreis und in die Wertung einfließen sollten. Sie wären gesondert zu vergüten. Dass die „Vielzahl von Bedarfspositionen“ tatsächlich einen mehr als geringfügigen Teil des Gesamtauftrages darstellen, hat die Antragstellerin nicht vorgetragen.

Ebenso wenig erschließt sich aus dem Vortrag der Antragstellerin, dass der Pauschalpreis aufgrund der Positionen zur Betonsanierung nicht kalkulierbar sei. Die Betonsanierung der Brüstung (...) und der Fassadenflächen (...) war nach Art und Umfang hinreichend bestimmt. Denn die Planunterlagen sowie die Angaben zum Schädigungsgrad (15-20% der Gesamtfläche) und zur Größe der Einzelflächen (0,25-0,5 m²) boten hierfür eine ausreichende Grundlage.

bb) Die Ausschreibung war insoweit produktneutral, als sie, zumindest nach Rücknahme des Leitfabrikats (...), allen Bietern die Möglichkeit bot, das von ihnen bevorzugte System anzubieten. Dass zu Position eine formale Berichtigung unterblieb, ist unerheblich. Denn die Antragstellerin konnte aus dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 9. Januar 2009 eindeutig entnehmen, dass diese von der Vorgabe eines Leitproduktes abgerückt war. Dementsprechend fühlten sich die übrigen Bieter nicht gezwungen, ausschließlich das Fabrikat C zu benennen, sondern boten ganz unterschiedliche Produkte unterschiedlicher Hersteller an (unter anderem auch das von der Antragstellerin offenbar in Betracht gezogene System S).

Auf Seite .. des Leistungsverzeichnisses stellt der Auftraggeber ausdrücklich klar, dass er zwar Produkte der Firma C zur Grundlage nahm, aber ausdrücklich Angebote gleichwertiger Alternativprodukte wünschte. Hierbei stellte er klar, dass es ihm auf die einheitliche Anwendung des jeweiligen Systems ging und nicht um den Austausch einzelner Elemente des Systems C. Damit wurde zwar die Position ... (Zulage Carbonspachtel) fehlerhaft oder zumindest missverständlich, sofern das angebotene System die Verwendung dieses Spachtels gar

nicht erforderlich machte. Mit der Bewerberinformation vom 9. Januar 2009 verfügte die Antragsgegnerin jedoch die Streichung dieser Position und deren Zusammenfassung mit der Grundposition. Sie hat auf diese Weise unmissverständlich und für alle Bieter verbindlich den Widerspruch im Leistungsverzeichnis korrigiert. Einer zusätzlichen Anfertigung von Austauschseiten bedurfte es nicht.

cc) Die zahlreichen Korrekturen mussten auch nicht aus Gründen der Transparenz neu ausgeschrieben werden. Zum einen handelte es sich dabei nicht um grundlegende Änderungen des Leistungsverzeichnisses, die zwingend zu einer Aufhebung des Vergabeverfahrens hätten führen müssen. Zum anderen hat die Antragsgegnerin mit der von ihr erstellten Übersicht vom 22. Januar 2009 alle Änderungen und Klarstellungen noch einmal aufgelistet. Bei ausreichender Auseinandersetzung mit dem Ausschreibungsgegenstand war es den Bietern daher ohne weiteres möglich, anhand des ihnen vorliegenden Leistungsverzeichnisses sowie der Liste der Korrekturen und Klarstellungen die geltende Version abzulesen.

b) Die Vorgehensweise der Antragsgegnerin war auch im Übrigen vergaberechtlich konform. Sie hat auf die erste Rüge der Antragstellerin ihre Fehler durch zahlreiche Korrekturen und Klarstellungen behoben.

3. Die Akteneinsicht war auf den Vergabevermerk zu beschränken.

Die Beteiligten können nach § 111 Abs. 1 GWB die Akten bei der Vergabekammer einsehen. Dass dieses Einsichtsrecht nicht uneingeschränkt besteht, ergibt sich aus § 111 Abs. 2 GWB. Danach hat die Vergabekammer die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen geboten ist. Dies folgt insbesondere aus der Abwägung des Informationsinteresses des Bieters mit dem Geheimhaltungsinteresse anderer Verfahrensbeteiligter und dem Beschleunigungsgebot. In der Rechtsprechung ist daher anerkannt, dass der Umfang der Akteneinsicht nur insoweit besteht, als diese dazu geeignet ist, einem Antragsteller die Wahrnehmung seines Rechtsschutzinteresses im Vergabeverfahren unter Berücksichtigung des Transparenzgebots und des Grundrechts auf rechtliches Gehör zu wahren (OLG Thüringen, Beschl. v. 11.1.07 – 9 Verg 9/09; VK Nordbayern, Beschl. v. 3.5.07 – 1 Verg 6/03; VK Hamburg, Beschl. v. 31.10.08 – VK BSU 7/08). Die Einsicht kann auf entscheidungsrelevante Teile der Akten begrenzt werden (OLG Naumburg, Beschl. v. 11.6.03, 1 Verg 6/03).

Da die Antragstellerin selbst kein Angebot eingereicht hat und im Wesentlichen geltend macht, sie könne aufgrund der unzureichenden Leistungsbeschreibung auch kein kalkulierbares Angebot abgeben, kam als maßgebliche Unterlage nur der Vergabevermerk in Betracht. Weitere Erwägungen des Antragsgegners, die sich mit der Frage der Pauschalierung oder anderen Aspekten der Aufstellung des Leistungsverzeichnisses befassen, befinden sich nicht bei den Vergabeakten.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 GWB. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Antragsstellerin zu tragen, weil sie im Verfahren unterlegen ist.

Für die Amtshandlungen der Vergabekammer werden gemäß § 128 Abs.1 GWB Kosten erhoben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB. Danach beträgt die Mindestgebühr 2.500 EUR. Die Gebühr hat die Kammer nach dem Auftragswert (geschätzte Kosten: X.XXX.XXX EUR brutto) unter Berücksichtigung ihres personellen und sachlichen Aufwandes bemessen. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes orientiert sich die Kammer an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes. Da eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat und Verfahrensbevollmächtigte beauftragt waren sowie umfangreiches Aktenmaterial auszuwerten war, bewegte sich der Verwaltungsaufwand der Vergabekammer im durchschnittlichen Bereich. Unter Abwägung dieser Gesichtspunkte hält die Kammer den der Gebührentabelle entsprechenden Betrag von 3000 EUR für angemessen. Billigkeitsgründe für eine Ermäßigung (§ 128 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GWB) bestehen nicht.

IV.

Rechtsmittelbelehrung