

Vergabekammer Berlin



Vorblatt zum Beschluss

Aktenzeichen	VK B 2 3/10 E
Datum des Beschlusses	18. März 2010
Bestandskraft	ja
Vergabeart	Offenes Verfahren Sektorenauftraggeber
Rechtsnormen	§ 101 a GWB, § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB
Leitsätze	<ol style="list-style-type: none">1. Voraussetzung für eine Gestattung des Zuschlags des § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB ist, dass der Auftraggeber bereits ein Unternehmen ausgewählt hat, dem der Zuschlag erteilt werden soll, und die übrigen Bieter darüber gemäß §101a GWB darüber informiert hat.2. Der Eilbeschluss kann ohne mündliche Verhandlung ergehen.

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK-B2-3/10 E



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

xxx

- Antragsstellerin -

gegen

xxx

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx,

wegen des Bauauftrags „Ausschreibung Viaduktanierung, 2. Bauabschnitt –

hier: Antrag der Antragsgegnerin auf Gestattung des Zuschlags

hat die hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden xxx den hauptamtlichen Beisitzer xxx sowie den ehrenamtlichen Beisitzer xxx am 18. März 2010 im Wege des schriftlichen Eilverfahrens beschlossen:

1. Der Antrag der Antragsgegnerin, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen, wird zurückgewiesen.
2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Beschluss in der Hauptsache vorbehalten.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im offenen Verfahren den Bauauftrag 2. Bauabschnitt für die Viaduktanierung ... europaweit aus, der am 16. Dezember 2009 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde. Er umfasst die Grundsanierung der Streckenbauwerke zwischen den Teilabschnitten S bis B.

Schlusstermin für die Anforderung von oder die Einsicht in Unterlagen war der 10. Januar 2010. Angebote sollten bis zum 3. Februar 2010 eingehen und am selben Tag geöffnet werden.

Die Baumaßnahme soll nach der Vergabebekanntmachung unter zeitweiliger Vollsperrung des U-Bahnverkehrs im Zeitraum vom 6. April 2010 bis 27. Mai 2011 stattfinden. Zum Inhalt der Teilnahmebedingungen wird auf die Bekanntmachung in Ziffer III. 2. verwiesen.

Die Antragsstellerin erhielt auf Anforderung von der Antragsgegnerin am 22. Dezember 2009 die Vergabeunterlagen.

In Ziffer 2.5 der darin enthaltenen Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen (ZTV) führte die Antragsgegnerin aus:

*„Für die Leistungspositionen im Titel Stahlbau (Bauwerk 44 bis 57; Bauwerk 65)
 ‚Fahrbahnblech als Buckelblech als geformtes Blech herstellen, liefern und in vorhandener sowie ergänzter Stahlkonstruktion des Viaduktbauwerks einbauen [...]‘
 sowie
 ‚Längsträger für Mittelaufleger der Buckelbleche innerhalb der Viaduktstruktur [...]‘
 gilt ausdrücklich folgende Verfahrensweise:
 Für die Erbringung der vorgenannten Leistungspositionen gibt die ausschreibende Stelle den Subunternehmer zwingend vor. Ein Wechsel des Subunternehmers für den in dieser Position beschriebenen Leistungsumfang wird für den Zeitraum der Vergabephase sowie darüber hinaus für die gesamte Bauzeit ausgeschlossen!
 Der Einheitspreis/Gesamtpreis ist bereits in den betreffenden Leistungspositionen vorgegeben (Papierform der Leistungsbeschreibung) und darf nicht geändert werden. Dies ist auch bei der Erstellung eines Kurz-LV bei der Angebotsabgabe zu beachten, da eine Angabe des Einheits-/Gesamtpreises in der GAEB-Datei nicht möglich ist.*

Vorgegebener Einheitspreis für die Leistungsposition Längsträger: XXX EUR/Stück
 Vorgegebener Einheitspreis für die Leistungsposition Fahrbahnblech: XXXX EUR/Stück

Die Herstellung und Lieferung wird durch die Bauabteilung der Berliner Verkehrsbetriebe überwacht und freigegeben. Darüber hinaus verbleibt die allgemeine Prüfungs- und Hinweispflicht beim Auftragnehmer.

In den vorgenannten Leistungspositionen sind enthalten:

- die jeweils beschriebene Komplettleistung,*
- anteilig Baustelleneinrichtung nur für die beschriebene Komplettleistung,*
- anteilig Erstellung Werkstattpläne nur für die beschriebene Komplettleistung.*

Diese Leistungen sind durch den Hauptauftragnehmer nicht zu erbringen. Ein Anspruch auf Nutzung einzelner oder vollständiger Leistungsanteile durch den Hauptauftragnehmer besteht nicht!

Nebenangebote für diese Position werden komplett ausgeschlossen.

Alle weiteren Leistungspositionen bleiben von der vorgenannten Verfahrensweise unberührt.“

Die Antragsstellerin Verfahrensverstöße hinsichtlich der zwingenden Einbeziehung und der Beteiligung des Nachunternehmers, unter anderem einen Verstoß gegen die Ausschreibungspflicht und den Grundsatz des fairen Wettbewerbs sowie die Auferlegung eines ungewöhnlichen Wagnisses.

Dem trat die Antragsgegnerin in mehreren Schreiben entgegen.

In der Nachunternehmervorgabe sei kein ungewöhnliches Wagnis zu sehen; die Antragsgegnerin habe die Eignung dieser Firma überdies hinreichend geprüft. Es sei Sache des Auftraggebers, den Auftragsgegenstand festzulegen.

Unter dem 25. Januar 2010 reichte die Antragsgegnerin unter Hinweis auf die Rügen der Antragstellerin und in Erwartung der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens durch die Antragstellerin eine Schutzschrift bei der Vergabekammer ein.

Sie äußert darin die Auffassung, ein Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei offensichtlich unzulässig, da die damit geltend gemachten Rügen nicht unverzüglich erhoben worden seien, und offensichtlich unbegründet, da für die bisher gerügten Vergaberechtsmängel keine Anhaltspunkte ersichtlich seien.

In der Vorgabe eines bestimmten Nachunternehmers nach Ziffer 2.5 ZTV liege kein Verstoß gegen die Ausschreibungsregeln. Der vorgegebene Nachunternehmer biete – nach einer europaweiten Marktabfrage – als einziges Unternehmen das vorgesehene Verfahren an und könne so eine Durchführung der Baumaßnahme innerhalb des hierfür zur Verfügung stehenden Zeitfensters sicherstellen. Damit sei eine freihändige Vergabe an ihn nach § 3 Nr. 4 lit. a VOB/A zulässig.

Auch die gerügte Vorgabe eines bestimmten Herstellungsverfahrens stelle keinen Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip dar. Dabei handele es sich um ein marktübliches, allen Bewerbern zugängliches Verfahren, dessen Einsatz mit Blick auf die zeitlichen Anforderungen sachlich gerechtfertigt sei. Es werde dem Auftragnehmer mit Ziffer 2.3 ZTV kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet. Transparenzmängel seien ebenfalls nicht gegeben. Die Preise der Nachunternehmerleistungen seien vorgegeben und könnten dem Nachunternehmer keinen Preisvorteil verschaffen. Der streitbefangenen Ausschreibung läge ein marktgerechter Preis zugrunde.

Am 2. Februar 2010 stellt die Antragstellerin den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mit dem Ziel, das Ausschreibungsverfahren bis zur Entscheidung der Vergabekammer über die Rechtsverletzung der Antragstellerin nicht fortzuführen und auf den Stand vom 16. Dezember 2009 zurückzusetzen.

Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 12. Februar 2010 stellt die Antragsgegnerin bei der Vergabekammer den Antrag,

- der Antragsgegnerin zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung gemäß § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB zu erteilen.

Zur Begründung führt sie aus, dem Nachprüfungsantrag könnten keine Erfolgsaussichten beschieden sein, da er bereits nach summarischer Prüfung unzulässig und unbegründet sei.

Unabhängig von den Erfolgsaussichten in der Hauptsache würden aber auch die nachteiligen Folgen der bei Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens eintretenden Verzögerung der Vergabe die damit verbundenen Vorteile für die Bieter überwiegen. Ein Zuschlag müsse zwingend bis Anfang April 2010 erfolgen, da ansonsten eine Durchführung der Maßnahme noch im Sommer 2010 unmöglich sei, so dass die gesamte Maßnahme auf das Jahr 2011 oder später verschoben werden müsse. Eine Durchführung des Vergabenachprüfungsverfahrens ohne Vorabgestattung des Zuschlags würde mit Blick auf die regelmäßige Dauer von Nachprüfungsverfahren die Verschiebung der ausgeschriebenen Baumaßnahme nach sich ziehen. In der Folge würden erhebliche wirtschaftliche Nachteile und gravierende Beeinträchtigungen verkehrlicher Belange drohen. Nachteilig hinzu kämen sicherheitstechnisch relevante Risiken, da nur noch geringe Verschleißreserven vorhanden seien.

Die Antragstellerin beantragt,

den Antrag gem. § 115 Abs. 2 GWB auf Zuschlagserteilung zurückzuweisen.

Sie bestreitet, dass der Suspensiveffekt des Nachprüfungsantrages ursächlich für eine Verschiebung der Maßnahme auf das Jahr 2011 oder später sei. Die Bindefrist laufe erst am XX ab. Die Zuschlagsfrist von zwei Monaten spreche auch nicht für eine besondere Eile der Antragsgegnerin. Die bis 24. Oktober 2010 auf der Baustelle durchzuführenden Baumaßnahmen könnten durch Beschleunigung auch in kürzerer Zeit durchgeführt werden. Außerdem könnten die geplanten Korrosionsschutzmaßnahmen und Stahlbauarbeiten mit entsprechenden Vorkehrungen auch bei winterlichen Temperaturen durchgeführt werden. Es gebe keinen Grund dafür, die streitgegenständliche Maßnahme im Jahr 2010 nicht mehr durchzuführen, auch wenn sie Juli beginnen könne. Bei einer Bauzeit von fünf Monaten sei eine allenfalls um wenige Wochen verschobene Auftragsvergabe zu verkraften.

Da eine Holzeinhausung bereits vorgesehen sei würden keine zusätzlichen Kosten für Winterbau anfallen. Selbst wenn durch Klimatisierungsmaßnahmen geringfügige Mehrkosten entstünden, seien diese unbeachtlich.

Die von der Antragsgegnerin behaupteten Mehrkosten bei der Nichtdurchführung der Baumaßnahme im Jahr 2010 basierten auf einer Aneinanderreihung von spekulativen Ereignissen. Die behauptete Verzahnung der von der Antragsgegnerin genannten Baumaßnahmen mit dem verfahrensgegenständlichen Auftrag werde bestritten.

Warum die verkehrlichen Belange durch eine Verschiebung der Baumaßnahme anders, länger oder intensiver beeinträchtigt sein sollen, als wenn diese im Jahr 2010 stattfinden würde, gehe aus dem Vortrag der Antragstellerin nicht hervor. Bestritten wird auch die Existenz von sicherheitstechnischen Belangen.

Das Interesse der Antragstellerin an der Einhaltung der Vorschriften des Vergabeverfahrens wiege vorliegend auch deshalb höher, weil die unzulässige Direktvergabe eines Teils des Auftrags und die damit einhergehenden Risiken für die Bieter besonders schwerwiegend seien. Das Interesse der Antragsgegnerin an einer zügigen Auftragsvergabe stehe dahinter zurück.

Die Antragsgegnerin erwidert hierauf, eine Verlagerung in die Wintermonate des laufenden Jahres sei wegen der sicherzustellenden Mindesttemperatur für die Korrosionsschutzarbeiten ausgeschlossen.

Da sie im Übrigen den Auftrag aufgrund unbeeinflussbarer Umstände auch nicht habe früher ausschreiben können, sei ihre Zeitnot im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

Der Eilbedarf sei auch nicht durch den Hinweis auf den Ablauf der Entscheidungsfrist der Vergabekammer widerlegt. In die Interessenabwägung nach § 115 Abs. 2 GWB sei nicht nur

die fünfwöchige Bearbeitungsfrist der Vergabekammer einzubeziehen, vielmehr sei auch die zweiwöchige Beschwerdefrist zu berücksichtigen.

Das Zuschlagsverbot könne daher frühestens am 23. März 2010 enden. Bereits bei einer Verzögerung des Nachprüfungsverfahrens um wenige Wochen sei daher der erforderliche Zuschlagstermin nicht mehr einzuhalten. Da im vorliegenden Fall auch die Dauer eines möglichen Beschwerdeverfahrens ausnahmsweise in die Bewertung einzubeziehen sei, könne ein Zuschlag nicht mehr zum spätesten Zeitpunkt Anfang April 2010 erfolgen, um eine Verschiebung der Maßnahme in die Folgejahre abzuwenden.

Darüber hinaus fehle es am Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin und an deren Erfolgsaussichten. Ein Zuschlag könne ihr also selbst dann nicht erteilt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren obsiegen würde. Folglich könne ihr auch kein Schaden entstehen, weshalb ihr das Rechtsschutzbedürfnis fehlte.

Im Hinblick auf die Preise für die Nachunternehmerleistungen sei auch kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu belegen. Auch die Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses sei nicht ersichtlich. Auch wirtschaftliche, finanzierungstechnische, verkehrliche und sicherheitstechnische Belange würden für eine Vorabgestattung des Zuschlags streiten. Im Falle einer Verschiebung der Maßnahme in das Jahr 2011 würden der Antragsgegnerin infolge von Streckensperrungen und Wechselwirkungen mit anderen, nicht verschiebbaren Maßnahmen, Mehrkosten von mindestens EUR XX Mio. entstehen. Wegen des drohenden Verfalls der für 2010 bewilligten Fördermittel sei eine Finanzierung der Maßnahme bei deren Verschiebung in die Folgejahre nicht mehr gesichert. Wegen erneuter Fahrbahn- und Streckensperrungen würde es auch zu zusätzlichen verkehrlichen Beeinträchtigungen mit unzumutbaren Auswirkungen sowohl im Straßenverkehr als auch im ÖPNV kommen.

II.

Der Antrag auf Gestattung des Zuschlags ist unzulässig.

Die Voraussetzungen des § 115 Abs. 2 GWB für eine Gestattung des Zuschlags liegen derzeit nicht vor. Wie sich aus dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang dieser Vorschrift ergibt, kommt die Gestattung des Zuschlags nur in Betracht, sofern der Auftraggeber bereits ein Unternehmen ausgewählt hat, dem der Zuschlag erteilt werden soll, und die übrigen Bieter darüber gemäß §101a GWB darüber informiert hat. Denn nur, wenn diese Mitteilung und damit der letzte Schritt vor Zuschlagserteilung bereits erfolgt ist, kann es einen Zuschlag „nach Ablauf von zwei Wochen“ überhaupt geben. Andernfalls können weitere Verfahrenshindernisse oder –mängel auftreten, die einer der Entscheidung entsprechende Zuschlagser-

teilung entgegenstehen. Gemäß § 115 Abs. 1 GWB darf der Auftraggeber nach Übermittlung des Nachprüfungsantrags lediglich den Zuschlag nicht erteilen, im Übrigen aber das Vergabeverfahren – mit dem Risiko der Wiederholung einzelner oder aller Schritte – fortführen (BayObLG, Beschl. v. 20.9.04 - Verg 21/04), solange hierdurch keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden, die den Antrag stellenden Bieter die Chance auf den Zuschlag vereiteln oder unzumutbar erschweren. Das ist im Umkehrschluss der Regelung des § 115 Abs. 3 Satz 1 GWB zu entnehmen. Danach kann die Vergabekammer für den Fall, dass die Rechte des Antragstellers auf andere Weise als durch die Zuschlagserteilung gefährdet sind, geeignete vorläufige Maßnahmen ergreifen. Einem entsprechenden Antrag der Antragstellerin auf Erteilung einer Zwischenverfügung hat die Kammer nicht stattgegeben, so dass die Antragsgegnerin nicht gehindert ist, das Verfahren vorläufig weiter zu betreiben.

Den Stand einer abgeschlossenen Zuschlagsentscheidung hat das Vergabeverfahren bisher nicht erreicht. Mithin ist eine Eilentscheidung gemäß § 115 Abs. 2 GWB zum derzeitigen Stand des Verfahrens noch nicht vorgesehen und nicht statthaft.

Da der vorgesehene Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch gar nicht feststeht, kann eine eventuelle Verzögerung nicht mit hinreichender Bestimmtheit festgestellt werden.

Im Übrigen könnten auch die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe nicht abschließend geprüft werden, weil deren Umfang sich erst mit Information über die Zuschlagsentscheidung hinreichend konkretisiert. Bis dahin ist zum einen der Zeitablauf auch vom Verhalten des Auftraggebers selbst abhängig. Zum anderen können unvorhergesehene Umstände, wie etwa der, dass kein Bieter ein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben hat, eine völlige Änderung des Zeitplans erforderlich machen.

Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages können nach dem oben Ausgeführten zum gegenwärtigen Zeitpunkt ebenfalls noch nicht herangezogen werden.

Einer mündlichen Verhandlung bedurfte es im Eilverfahren nicht (Summa in: Juris PK-VergR, § 115 GWB Rn 21; Boesen, Vergaberecht Komm, § 115 Rn 25). Denn dies wäre mit dem Beschleunigungsgrundsatz nicht vereinbar. Im Übrigen ergibt sich die Begründung hier aus der Unzulässigkeit des Eilantrages.

Gegen diese Entscheidung ist eine sofortige Beschwerde nicht zulässig (§ 115 Abs. 2 Satz 8 GWB).

Vorsitzender

xxx