

SCHLESWIG-HOLSTEINISCHES OBERLANDESGERICHT



B E S C H L U S S

In dem Beschwerdeverfahren

XXX

- Beigeladene zu 3) und Antragstellerin zu 2) des Nachprüfungsverfahrens;
Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigter: XXX

gegen

XXX

- Antrags- und Beschwerdegegner -

Beteiligt:

1.) XXX

- Antragstellerin zu 1) des Nachprüfungsverfahrens -

Verfahrensbevollmächtigte: XXX

2.) XXX

- Beigeladene zu 1) des Nachprüfungsverfahrens -

3.) XXX

- Beigeladene zu 2) des Nachprüfungsverfahrens -

wegen Ausschreibungs- und Vergabeverfahren „Bohrkernentnahme auf Landesstra-

ßen in Schleswig-Holstein“

hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Czauderna, den Richter am Oberverwaltungsgericht Wilke und den Richter am Oberlandesgericht Mihr am 8. Mai 2007 beschlossen:

Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 28. März 2007 wird abgelehnt.

Gründe:

I.

Der Beschwerdegegner schrieb im offenen Verfahren die Bohrkernentnahme auf Landesstraßen in Schleswig-Holstein aus (ca. 4.050 Bohrkern ziehen, Fahrbahn schließen, Schichten auswerten, Pechnachweis erstellen). Im Rahmen des Auftrags sollten für die Landesstraßen Aufbaudaten für die computergestützte Straßeninformationsbank Schleswig-Holstein (SIB SH) gewonnen werden.

Die Vergabebekanntmachung enthielt (unter III.) keine besonderen Teilnahmebedingungen. In Ziffer 4.2 der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ wurde gefordert, dass mit dem Angebot ein „Nachweis der Prüfstelle nach RAP-Stra 04 für Kontrollprüfungen (G 3, H 3, I 3) zur Begutachtung der Proben“ vorzulegen ist (RAP-Stra 04 = Richtlinien für die Anerkennung von Prüfstellen für Baustoffe und Baustoffgemische im Straßenbau, Ausgabe 2004). In Ziffer 11 war die Gewichtung der Zuschlagskriterien angegeben. In Ziffer 7 der Bewerbungsbedingungen war gefordert, dass ein Bieter, der sich bei der Erfüllung „... der Fähigkeiten anderer Unternehmen“ bedienen will, dem „Auftraggeber hinsichtlich der Eignung nachweisen“ muss, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. Entsprechende Verpflichtungserklärungen dieser Unternehmen waren „mit dem Angebot vorzulegen.“

Nach Ziffer IV.3.7 der Vergabebekanntmachung endete die Bindefrist der Angebote am 28. Februar 2007. Auf Anfrage der Vergabestelle stimmten alle Bieter einer Bindefristverlängerung bis zum 4. April 2007 zu; auf die - weitere - Anfrage vom 30. März 2007 wegen einer Zustimmung zur Bindefristverlängerung bis zum 20. April 2007 blieb eine Antwort der Beschwerdeführerin aus.

Nach Angebotsprüfung ermittelte der Beschwerdegegner folgende Wertungsreihenfolge:

(1.) Beteiligte zu 2) [XXX]	1.000 Punkte
(2.) Beteiligte zu 3) [XXX]	740,35 Punkte
(3.) Beschwerdeführerin [XXX]	496,45 Punkte
(4.) Beteiligte zu 1) [XXX]	100 Punkte

Bei allen vier Bietern wurde der „technische Wert“ mit 100 Punkten bewertet, so dass die Endergebnisse aus dem Preiskriterium resultierten.

Von den vier Bietern lagen Bescheinigungen über die Anerkennung als Prüfstellen gemäß RAP-Stra 04 vor. Nach dem Angebot der Beteiligten zu 2) [XXX] war kein Nachunternehmereinsatz vorgesehen. Die Beteiligte zu 3) [XXX] legte dem Angebot eine Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers bei; eine entsprechende RAP-Stra-Zertifizierung des Nachunternehmers nicht. Die Beschwerdeführerin legte für die drei Nachunternehmer, die für die „Bestimmung des Schichtenaufbaus und qualitativer Pechnachweis“ vorgesehen waren, Bescheinigungen über die Anerkennung als Prüfstellen gemäß RAP-Stra 04 (G 3, H 3, I 3) vor; weiterhin die Anerkennung für den Bereich I 3 für einen weiteren Nachunternehmer. Die Beteiligte zu 1) [XXX] fügte der Nachunternehmererklärung Verpflichtungserklärungen sowie Bescheinigungen über die Anerkennung von Prüfstellen gemäß RAP-Stra 04 (G 3, H 3, I 3) bei.

Mit Schreiben vom 31. Januar 2007 teilte der Beschwerdegegner der Beteiligten zu 1) [XXX] und der Beschwerdeführerin gemäß § 13 VgV mit, dass deren Angebot nicht das Wirtschaftlichste sei und dass der Zuschlag an die Beteiligte zu 2) [XXX] erteilt werden solle.

Nach erfolgloser Rüge hat die Beteiligte zu 1) [XXX] am 14. Februar 2007 einen Nachprüfungsantrag gestellt und beantragt, dem Beschwerdegegner den Zuschlag auf das Angebot der Beteiligten zu 2) [XXX] zu untersagen, hilfsweise, die Wertung der Angebote zu wiederholen, äußerst hilfsweise, das Vergabeverfahren aufzuheben.

Die Beschwerdeführerin hat in der mündlichen Verhandlung der Vergabekammer die gleichen Anträge gestellt und zusätzlich beantragt, den Beschwerdegegner zu verpflichten, ihr den Zuschlag zu erteilen.

Der Beschwerdegegner und die Beteiligte zu 2) [XXX] haben beantragt, die Anträge der Beteiligten zu 1) [XXX] und der Beschwerdeführerin zurückzuweisen.

Die Vergabekammer hat die Entscheidungsfrist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis zum 30. März 2007 verlängert und mit Beschluss vom 28. März 2007 die Nachprüfungsanträge der Beteiligten zu 1) [XXX] und der Beschwerdeführerin zurückgewiesen: Die Anträge seien zulässig, allerdings sei die Rüge der Beschwerdeführerin hinsichtlich eines „Unterbietens“ der Mindestlöhne durch die Beteiligte zu 2) präkludiert. Für den Erfolg des Nachprüfungsantrags sei erforderlich, dass die besser bewerteten Angebote auszuschneiden seien. Das sei nicht der Fall. Die Beteiligte zu 2) [XXX] und die Beteiligte zu 3) [XXX] hätten die Zertifizierung - wie gefordert - vorgelegt. Die - unmissverständliche - Vorgabe zur Vorlage eines Zertifikats für Kontrollprüfungen (G 3, H 3, I 3) sei erfüllt worden. Für darüber hinausgehende Kontrollprüfungen sei kein Zertifikat erforderlich gewesen. Die Eignung der - besser bewerteten - Beteiligten zu 3) [XXX] sei fehlerfrei bejaht worden. Die angeführten Zweifel an der Leistungsfähigkeit ignorierten den Nachunternehmereinsatz; möglich sei auch die Einstellung weiteren Personals.

Gegen den am 28. März 2007 zugestellten Beschluss hat die Beschwerdeführerin (per Fax) am 11. April 2007 sofortige Beschwerde erhoben und mit Schriftsatz vom 18. April 2007 die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde beantragt. Zur Begründung ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, das Angebot der Beteiligten zu 2) [XXX] gebe keine Hinweise bzw. Erklärungen zu Nachunternehmern. Für die von der Beteiligten zu 3) für

Nachunternehmer vorgesehenen Teilleistungen „Bohrkernentnahme“, „Bohrlochverschluss“ und „Probennahme“ fehle eine RAP-Stra-Zertifizierung. Die Beteiligte zu 2) [XXX] verfüge nicht über die geforderte Qualifikation; es fehle ein Zertifikat für das Kompetenzfeld I 3. Das erkläre deren niedrigeren Preise. Für das Angebot der Beteiligten zu 3) [XXX] gelte das Gleiche.

Der Beschwerdegegner hält das Rechtsschutzbegehren der Beschwerdeführerin für unzulässig, nachdem ihr Angebot infolge Nichtverlängerung der Bindefrist erloschen sei.

II.

Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde ist gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB statthaft, bleibt jedoch ohne Erfolg.

1. Der Antrag gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB ist nicht an die Frist des § 117 Abs. 1 Satz 1 GWB gebunden. Er wäre nur unzulässig, wenn er zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, also nach Ende der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde, gestellt worden wäre (§ 118 Abs. 1 Satz 2 GWB). Das ist vorliegend nicht der Fall: Die Beschwerdefrist endete nach Zustellung des Beschlusses des Vergabekammer am 28. März 2007 am 11. April 2007; zwei Wochen danach, am 25. April 2007, endete die aufschiebende Wirkung gemäß § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB. Zuvor, am 11. April 2007, ging die sofortige Beschwerde und am 18. April 2007 der Antrag gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB bei Gericht ein.

Der angekündigte Antrag (S. 2 der Beschwerdeschrift) ist hinsichtlich der dort verwendeten Begriffe „Widerspruchsgegner“ bzw. „Widerspruchsführer“ in dem aus dem Rubrum ersichtlichen Sinne auslegungsfähig.

2. Der Antrag nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB bleibt ohne Erfolg.

Die Beschwerdeführerin kann eine Fortdauer des Verbots nicht beanspruchen (§ 115 Abs. 1 GWB), die vom Beschwerdegegner angekündigte Vergabeentscheidung zu Gunsten der Beteiligten zu 2) [XXX] durch einen Zuschlag umzu-

setzen. Eine Zuschlagerteilung auf ihr Angebot oder eine Wiederholung der Angebotswertung kommt ebenfalls nicht in Betracht. Ihre sofortige Beschwerde hat nach der im vorliegenden Verfahren gebotenen summarischen Überprüfung keine Erfolgsaussichten (vgl. zum Entscheidungsmaßstab im Verfahren nach § 118 GWB Beschluss des Senats vom 14. August 2000, 6 Verg 2/00, SchIHA 2001, 38 = OLGR 2000, 470).

2.1 Allerdings fehlen die Erfolgsaussichten der Beschwerde nicht schon deshalb, weil die Bindefrist (§ 19 Nr. 3 VOB/A) des von der Beschwerdeführerin abgegebenen Angebots abgelaufen und die Anfrage bzgl. einer Bindefristverlängerung unbeantwortet geblieben ist. Indem die Beschwerdeführerin sowohl im Nachprüfungs- wie auch im Beschwerdeverfahren ausdrücklich beantragt, den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen, erklärt sie konkludent, ihr Angebot weiterhin als bindend zu betrachten. Die Bindefrist ist damit der Sache nach eindeutig für die Dauer des Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahrens verlängert.

Welche Folgen ein Ablauf der Bindefrist für die Rechtsposition des Bieters im Vergabenaachprüfungsverfahren hat, bedarf damit im vorliegenden Fall keiner abschließenden Entscheidung (vgl. dazu BayObLG, VergabeR 2002, 64 [bei Juris Tz. 32, 33]; OLG Naumburg, OLGR 2000, 318; OLG Jena, NZBau 2007, 195). Soweit angenommen wird, dass § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A (i.V.m. § 150 Abs. 1 BGB) auch im VOL-Vergabeverfahren Anwendung findet, zeigt das vorliegende Verfahren, dass die Beschwerdeführerin (weiterhin) bereit ist, auch einen „verspäteten“ Zuschlag des Beschwerdegegners anzunehmen.

2.2 Die Vergabekammer hat die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrages mit zutreffenden Erwägungen geprüft (zu II.1 des Beschlusses). Die Beschwerdeführerin erhebt dagegen, insbesondere gegen die Rügepräklusion (§ 107 Abs. 3 GWB) zum Zuschlagskriterium „Preis“ [Mindestlöhne], keine Einwände.

Im Beschwerdeschriftsatz wird nur pauschal behauptet, die „erst im Nachprüfungsverfahren erkannten Vergaberechtsverstöße“ seien „unverzüglich“ geltend gemacht worden (S. 9 des Schriftsatzes vom 11. April 2007). Weiter wird referiert,

dass nach den (zutreffenden) Gründen der Vergabekammer das Tariftreuegesetz Schleswig-Holstein vom 7. März 2003 (GVOBl. S. 136) auf Dienstleistungsaufträge keine Anwendung finde (S. 11 a.a.O.; s. § 2 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes). Diese Ausführungen enthalten keinen Ansatz für eine Beschwerdebegründung. Nach Ablauf der Frist gemäß § 117 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GWB kann diese insoweit auch nicht mehr nachgeholt werden (vgl. OLG Koblenz, NZBau 2006, 667 ff.).

2.3 Die beabsichtigte Zuschlagerteilung an die Beteiligte zu 2) [XXX] begegnet keinen vergaberechtlichen Einwänden. Die mit der Beschwerde (weiterhin) angeführten Ausschlussgründe gegen das Angebot der Beteiligten zu 2) [XXX] liegen nicht vor.

Die Vergabekammer hat zutreffend herausgearbeitet, dass im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung von den Bietern nur eine Anerkennung für die Bereiche G 3, H 3 und I 3 nach Anlage 1 zu den RAP-Stra 04 gefordert war (unten a). Dieser Forderung hat die Beteiligte zu 2) entsprochen (unten b).

a) Die geforderten, mit dem Angebot vorzulegenden Angaben zum „Nachweis der Anerkennung ... für Kontrollprüfungen (G 3, H 3, I 3) zur Begutachtung der Proben“ sind, wie die Vergabekammer (S. 17 des Beschl.-Abdr.) zu Recht formuliert hat, „unmissverständlich“ in der Aufforderung zur Angebotsabgabe (HVA L-StB-EG-Aufforderung 1 (07/06), Seite 2, zu Ziffer 4.2) den Bietern mitgeteilt worden. Der Wortlaut des Ausschreibungstextes ist eindeutig. Die Vergabestelle hat damit den Vorgaben in § 7 Nr. 4, § 7 a Nr. 2 Abs. 1 lit. e, § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. m VOL/A entsprochen. Der Umstand, dass die o.g. Nachweisanforderung entgegen § 7 a Nr. 2 Abs. 3 VOL/A nicht in der EU-weiten Vergabebekanntmachung enthalten war (vgl. Beschluss des Senats vom 8. September 2006, 1 Verg 6/06, Juris, sowie OLG Naumburg, NZBau 2004, 350), ist von der Beschwerdeführerin nicht gerügt worden und im Übrigen für den Schutz *ihrer* Bieterrechte auch nicht relevant.

Soweit Nachunternehmer betroffen sind, ist in Ziffer 7 der Bewerbungsbedingungen (HVA L-StB-EG) mit dem Angebot nur eine „Verpflichtungserklärung“ des Nachunternehmers zur Bestätigung dessen vorzulegen, dass dem Bieter (Hauptunternehmer) die „erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen“.

b) Die Beteiligte zu 2) hat die geforderten Anforderungen erfüllt.

Sie hat eine Bescheinigung vom 15. August 2006 über ihre Anerkennung als Prüf-
stelle (u.a.) für die Kompetenzbereiche G 3, H 3 und I 3 vorgelegt (*betr. Kontroll-
prüfungen für Asphalt, hydr. gebundene Gemische einschl. Bodenverfestigungen,
Gemische für Schichten ohne Bindemittel*). Soweit die Beschwerdeführerin unter
Hinweis auf den sog. „Elstnerauszug“ behauptet, die Beteiligte zu 2) sei für den Kom-
petenzbereich I 3 nicht anerkannt, widerspricht dies nicht nur der o.g. amtlichen Be-
scheinigung, sondern auch der veröffentlichten Liste der nach RAP-Stra anerkannten
Prüfstellen (Stand 5. März 2007, Nr. 25; vom Bayerischen Innenministerium
[stmi.bayern.de] im Internet unter „/bauen/strassenbau/veroeffentlichungen/11251/“,
dort unter: „Liste der nach RAP-Stra anerkannten Prüfstellen mit Sitz außerhalb Bay-
erns, deren Anerkennung auf den Bereich des Freistaats Bayern ausgedehnt wurde“
als pdf-Datei).

Es kommt hinzu, dass sich die Anerkennung der einzelnen Prüfstellen (Unterneh-
men) nach dem Wortlaut der „RAP-Stra 04“ (*der am 8. März 2007 von der Vergabe-
stelle im Nachprüfungsverfahren vorgelegt worden ist*) auf „die in der Bescheinigung
nach den in Abschnitt 6 aufgeführten Prüfungsarten und Fachgebiete, gegebenen-
falls mit Einschränkungen“ bezieht (Ziffer 2 Abs. 3 sowie Ziffer 6 Abs. 1 Satz 2), so
dass entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin eine allgemeine, d.h. nicht auf
(bestimmte) Fachgebiete Bezug nehmende „Zertifizierung“ nach dieser Richtlinie gar
nicht erteilt werden kann. Der Beschwerdeschriftsatz geht an diesem Spezifikum
ebenso vorbei wie daran, dass den im ausgeschriebenen Bereich fachkundigen Bie-
tern die fachgebietsbezogene Anerkennung nach der RAP-Stra 04 bekannt sein
musste.

Ein Verzeichnis für Unterauftragnehmerleistungen war dem Angebot der Beteiligten
zu 2) nicht beigelegt. Ein Nachunternehmereinsatz ist folglich nicht angeboten wor-
den, so dass auch kein Bedarf für „Verpflichtungserklärungen“ von Nachunterneh-
mern bestand.

Soweit die Beschwerdeführerin angezweifelt hat (Schriftsatz vom 20. März 2007,
S. 3), dass die Beteiligte zu 2) den ausgeschriebenen Auftrag (nur) mit eigenem Per-

sonal (16 Mitarbeiter) bewältigen kann, teilt die Vergabestelle, deren Risikobereich insoweit betroffen ist, diese Zweifel nicht: Sie hat im Vergabevermerk vom 31. Januar 2007 festgestellt, dass (auch) die Beteiligte zu 2) eine „einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung“ erwarten lässt. Die Vergabekammer hat (in Bezug auf die *Beteiligte zu 3)*) darauf hingewiesen, dass die (personelle) Leistungsfähigkeit auch im Hinblick auf noch zusätzlich einzustellendes Personal bejaht werden darf; entscheidend ist danach, ob *bei Auftragsdurchführung* die erforderliche Anzahl qualifizierter Mitarbeiter zur Verfügung steht (s. S. 19 des Beschl.-Abdr., m.w.N; vgl. auch OLG Saarbrücken, Beschluss vom 5. Juli 2006, 1 Verg 6/05, OLGR 2006, 1010 [bei Juris Tz. 126]). Dies gilt auch für die Beteiligte zu 2). Die Zweifel der Beschwerdeführerin daran, dass die Beteiligte zu 2) „technisch und praktisch“ außerstande sei, den Auftrag allein, also ohne Nachunternehmer, abzuwickeln, laufen letztlich darauf hinaus, der Beteiligten zu 2) insoweit unzutreffende Angaben zu unterstellen. Träfe dies zu, würde dies bei einem Folgeauftrag zum Bieterausschluss wegen Unzuverlässigkeit führen (OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 278 ff.). Es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass ein (zertifizierter) Bieter ein solches Risiko in Kauf nimmt.

2.4 Die weitere Frage, ob dem auf Beauftragung der Beschwerdeführerin gerichteten Antrag zu 2) auch deshalb keine Erfolgsaussichten beizumessen sind, weil ihrem Angebot in der Wertungsreihenfolge (auch) das Angebot der Beteiligten zu 3) [XXX] vorgeht, kann danach offen bleiben. Anzumerken ist, dass der Senat (auch) insoweit dem Beschluss der Vergabekammer folgt (S. 18 f. des Beschl.-Abdr.).

3. Der Antrag nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB ist nach alledem abzulehnen.

Eine Kostenentscheidung ist nicht angezeigt. Bei den Kosten des Verfahrens nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB handelt es sich um Kosten des Beschwerdeverfahrens (1 Verg 1/07), über die gemäß § 128 GWB einheitlich im Rahmen der Entscheidung über die Hauptsache zu befinden ist.

Dementsprechend unterbleibt hier auch eine Streitwertfestsetzung (§ 50 Abs. 2 GKG).

Vors. Richter am OLG
Czuderna hat Urlaub und
ist daher verhindert zu un-
terschreiben.

Wilke
Richter am OVG

Wilke
Richter am OVG

Mihr
Richter am OLG