

Verwaltungsgericht Potsdam

3. Kammer

Urteil

17.08.2010

Az.: 3 K 1383/05

Die Beklagte wird unter Aufhebung des ablehnenden Bescheids vom 9. März 2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 14. Juni 2005 verpflichtet, den Fördermittelantrag der Klägerin gemäß der Richtlinie des Ministeriums für Wirtschaft des Landes Brandenburg zur Förderung der Konversion im Land Brandenburg vom 20. März 2003 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt eine Zuwendung für den Rückbau ehemals militärisch genutzter Flächen.

Mit Antrag vom 24. Juni 2004, überarbeitet am 6. August 2004, beantragte die Klägerin die Gewährung einer Zuwendung in Höhe von 1.017.067,60 Euro zu Gesamtkosten von 1.356.090,13 Euro nach der einschlägigen Förderrichtlinie für die Maßnahme: Rückbau 2004 – Konversionsgebiet Block 302. Auf die Frage unter Ziffer VI des Antragsformulars, ob für das Projekt andere Finanzierungshilfen beantragt oder gewährt worden seien, verwies die Klägerin auf das Schreiben der Bundesagentur für Arbeit (BfA) vom 27. Juli 2004, wonach die Maßnahme in der ABM-Jahresplanung Berücksichtigung gefunden habe und die Arbeiten am 16. August 2004 mit 55 von der BfA zugewiesenen Kräften beginnen sollten.

Am 26. Juli 2004 wurde die Ankündigung der öffentlichen Ausschreibung als Vergabe-ABM im Ausschreibungsblatt des Landes Brandenburg veröffentlicht. Zur Submission am 10. August 2004 gingen die Angebote von 7 Baufirmen bei der Klägerin ein.

Die Klägerin übersandte der Beklagten die Anerkennungsbescheide der BfA vom 10. August 2004, wonach die Projekte Brachflächenprogramm und Konver-Programm als Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen mit insgesamt 96 Arbeitnehmern gefördert wurden. Nach Ziff. 2.2 der Bescheide waren die Arbeiten nach den hierfür vorgesehenen Vorschriften zu vergeben, in den Ausschreibungsunterlagen war auf die Einstellung von seitens der BfA zugewiesenen Arbeitnehmern und die gegenüber der BfA zu erfüllenden Mitteilungs- und Mitwirkungspflichten hinzuweisen.

Unter dem 10. August 2004 genehmigte die Beklagte den vorzeitigen Beginn des Investitionsvorhabens zum 10. August 2004 und wies darauf hin, dass die Einhaltung der

Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an Gemeinden (ANBest-G), die u. a. Auflagen hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen enthielten, Voraussetzung für die Gewährung des Zuschusses sei.

Gegen die Vergabeentscheidung der Klägerin vom 12. August 2004 zugunsten der Fa. E. GmbH (Angebot Nr. 5), welche die Lose 1 (Block 106) und 3 (Block 202) erhielt, und zugunsten der Fa. M. GmbH (Angebot Nr. 4), welche die Lose 4 (Block 316 = Blöcke 307 und 312 reduziert) und 6 (Block 302) erhielt, erhoben die Bieter Fa. G. GmbH und R. GmbH Anfang September 2004 Beschwerde bei der Beklagten und beim Ministerium für Wirtschaft des Landes Brandenburg.

Unter dem 19. Oktober 2004 beantragte die Klägerin wegen entstandener Mehrkosten eine Erhöhung der Zuwendungssumme auf 1.400.475,17 Euro. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2004 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass für die Maßnahme „Biotop“ (Block 302) eine Kürzung in Höhe von 107.311,00 Euro entstehe. Im Prüfvermerk vom 28. Oktober 2004 hielt die Beklagte zunächst den von der Klägerin vorgenommenen Ausschluss von Bietern aus formellen Gründen für gerechtfertigt. Allerdings sei die Entscheidung, die Lose 4 und 6 an die jeweils teurere Fa. M. GmbH zu vergeben, unwirtschaftlich. In einem weiteren Vermerk vom 8. November 2004 wurden auch formelle Fehler festgestellt, die geeignet seien, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

Nach Anhörung der Klägerin lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 9. März 2005 den Zuwendungsantrag ab. Zur Begründung führte sie aus, dass die Klägerin unter Verstoß gegen Nr. 3 ANBest-G bei der Auftragsvergabe die Vergabevorschriften nicht eingehalten habe. Die Angebotsfrist von mindestens 10 Kalendertagen (§ 18 VOB/A) zwischen Veröffentlichung der Bekanntmachung am 26. Juli 2004 und dem Eröffnungstermin am 10. August 2004 sei nicht gewahrt. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass in diesen Zeitraum zwei Wochenenden fielen, am 4. August 2004 seitens der Klägerin ein Ortstermin angeboten worden sei und die Klägerin den Bietern erst mit Schreiben vom 5. August 2004 weitere Informationen gegeben habe, welche diese bis zum Eröffnungstermin bei der Angebotsabgabe nicht hinreichend hätten berücksichtigen können. Die Klägerin habe die Maßnahme ohne die erforderliche Vorbereitung (vgl. § 16 VOB/A) zu einem Zeitpunkt ausgeschrieben, als die Aufteilung der ABM-Kräfte auf die einzelnen Lose noch nicht feststanden und nach der Ausschreibung eine Reduzierung der ausgeschriebenen Maßnahme stattgefunden habe. Die Durchführung eines gemeinsamen Ortsbesichtigungstermins am 4. August 2004 mit allen Bietern könne zu einer Wettbewerbsverzerrung führen, da Absprachen zwischen den einzelnen Bietern getroffen werden könnten. Die Erfahrung mit ABM-Projekten als Eignungskriterium wirke diskriminierend, da alle Bieter gleich zu behandeln seien (§ 8 VOB/A). Bei den Bietern T., R. und G. hätte hinsichtlich der Entsorgungswege für den Abfall bzw. der Berechtigung zum Transport besonders überwachungsbedürftigen Abfalls eine Angebotsaufklärung erfolgen müssen. Die den Angeboten beigefügten Referenzlisten hätten in Bietergesprächen aufgeklärt werden können. Zur Zahlung des Mindestlohnes, der in der Ausschreibung gefordert worden sei, habe es keiner gesonderten Erklärung der Bieter bedurft. Zu Unrecht sei der Bieter E. als Tochterfirma des Bieters M. ausgeschlossen worden, da auch die Muttergesellschaft als Nachunternehmer im Rahmen der Entsorgung hätte tätig werden können. Mit unzutreffender Begründung sei in zwei Losen (Konversionsprojekten) der Zuschlag nicht für das wirtschaftlichste Angebot erteilt worden, was mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit unvereinbar sei. Die aufgezeigten formellen und materiellen Fehler hätten ein ordnungsgemäßes Wettbewerbsverfahren verhindert, hierin liege ein Verstoß gegen Art. 34 der Allgemeinen Strukturfondsverordnung VO (EG) Nr. 1260/1999 und Art. 4 der Kontrollverordnung VO (EG) Nr. 438/2001.

Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies die Beklagte mit Bescheid vom 14. Juni 2005 zurück.

Die Klägerin hat am 17. Juni 2005 Klage erhoben.

Sie trägt vor, dass die Co-Finanzierung der Maßnahme durch die BfA in Höhe von 15 % der Gesamtkosten unter der Voraussetzung gestanden habe, dass eine Vergabe-ABM durchgeführt und 96 Arbeitskräfte bis spätestens zum 16. August 2004 eingestellt würden. Andernfalls hätte sie den geplanten Rückbau der Konversionsflächen 2004 nicht durchführen können. Unter diesem zeitlichen Zwang habe sie, obwohl die Verhandlungen mit der EWZ über die Flächenfreigabe noch nicht abgeschlossen gewesen seien, mit der öffentlichen Ausschreibung für 6 Lose begonnen. Die Begrenzung der Angebotsbearbeitung auf die Mindestfrist von 10 Tagen sei durch den zwingend einzuhaltenden Baubeginn am 16. August 2004 gerechtfertigt gewesen. Im Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebots seien die Bieter auf die Einheitspreisabfrage – Abfall – gesondert hingewiesen worden. Auch im Leistungsverzeichnis seien sie nochmals auf die Altlasten- und Abfallproblematik sowie auf die notwendigen Angaben zur Vergabe-ABM aufmerksam gemacht worden. Sie habe nach dem Besichtigungstermin vom 4. August 2004 mit Schreiben vom 5. August 2004 nochmals auf die Abfallproblematik hingewiesen und Vorgaben zur Kalkulation der Vergabe-ABM gemacht. Ungeachtet dieser Hinweise hätten lediglich die Firmen E. und M. den gesetzlichen Mindestlohn für die Vergabe-ABM nachgewiesen und Referenzobjekte angegeben. Der Bieter T. habe die Entsorgungswege für den Abfall nicht vollständig angegeben, der Bieter R. habe keine Angaben zur Transportberechtigung für Abfall und zum Nachunternehmer gemacht. Beiden Bietern habe die Leistungsfähigkeit und Fachkunde für die Abfallentsorgung gefehlt. Der Bieter G. habe neben den fehlenden Angaben zur ABM beim Abfall keine Probenpreise angegeben und nicht alle Entsorgungswege offen gelegt. Auch hier habe die Transportberechtigung gefehlt, die Angaben seien unvollständig gewesen, die Entsorgungswege seien nicht gesichert gewesen. Der Bieter E. sei unter Zugrundelegung der Angaben zum Mindestlohn und zum Umsatzvolumen nicht leistungsfähig gewesen. Der Bieter E. sei eine Tochterfirma der M. und habe diese für die Entsorgung angegeben, ABM-Nachweise hätten gefehlt.

Soweit sie die Angebote nicht in den vier Stufen gemäß VOB bewertet, sondern sämtliche Erwägungen und Ausschlussgründe zusammengefasst habe, wirke sich dieser Fehler auf das Auswahlresultat nicht aus. Bei anderer Vorgehensweise wären bereits vor der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots alle außer zwei Bietern auszuschließen gewesen. Der Bieter E. sei ausgewählt worden, da er für die in den Blöcken 106 und 202 vermehrt anfallenden Abfalllasten die günstigsten Einheitspreise habe anbieten können. M. sei ausgewählt worden, weil im Block 302 aufgrund der Altlastenuntersuchungen vom Anfall großer Mengen besonders überwachungsbedürftigen Abfalls und Asbest auszugehen gewesen sei und diese Firma die günstigsten Einheitspreise angeboten habe. Die anderen Bieter hätten weder die erforderlichen Nachweise erbracht noch unter Berücksichtigung der Einheitspreise Abfall das günstigste Angebot abgegeben. Die Prüfung der ordnungsgemäßen Vergabe durch die Beklagte dürfe allein den Zweck verfolgen, den sparsamen Einsatz von Fördermitteln zu gewährleisten, nicht aber, einem Bieter einen zusätzlichen Rechtsweg zu eröffnen. Vorliegend wäre ein Verfahren vor der Vergabekammer bereits unzulässig und bei inhaltlicher Befassung ohne Erfolg, da bei Einhaltung der einzelnen Vergabeprüfschritte kein anderes Ergebnis erzielt worden wäre.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung ihres ablehnenden Bescheids vom 9. März 2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 14. Juni 2005 zu verpflichten, über ihren Fördermittelantrag gemäß der Richtlinie des Ministeriums für Wirtschaft des Landes Brandenburg zur Förderung der Konversion im Land Brandenburg vom 20. März 2003 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie vertieft die Begründung des Ablehnungsbescheides und hält daran fest, dass die begehrte Zuwendung wegen der schweren Verstöße gegen das Vergaberecht nicht gewährt werden könne. Für die zuwendungsrechtliche Bewertung sei nicht erheblich, ob sich ein Verstoß auf die Wirtschaftlichkeit der Maßnahme oder lediglich wettbewerbsbeschränkend auswirke. Zumindest da, wo Zuwendungen aus Mitteln der Europäischen Gemeinschaft finanziert würden, verlange das Kohärenzprinzip auch eine Durchsetzung der europäischen Zielsetzung, die im Vergaberecht schwerpunktmäßig die Sicherung des Wettbewerbs sehe. Die Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zur Einhaltung des Vergaberechts diene nicht nur dem Ziel, mit Haushaltsmitteln sparsam zu wirtschaften, sondern auch der Förderung des Wettbewerbs, weil auch ein chancengleicher Zugang zu öffentlichen Aufträgen im wirtschaftspolitischen Interesse liege.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsvorgänge der Beklagten im vorliegenden Verfahren und den Verfahren 3 K 1406/05, 1407/05 und 1408/05 ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und begründet.

Die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten (vgl. § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO). Die Beklagte hat die begehrte Zuwendung ermessensfehlerhaft abgelehnt. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Neubescheidung ihres Antrags auf Gewährung einer Zuwendung für den Rückbau ehemals militärisch genutzter Flächen.

Rechtsgrundlage für die begehrte Zuwendung sind die §§ 23 und 44 Landeshaushaltsordnung (LHO) i. V. m. dem zum Zeitpunkt der Antragstellung geltenden Haushaltsplan des Landes Brandenburg, welcher Mittel zur Förderung der von der Klägerin geplanten Maßnahmen bereitstellt. Maßgeblich für die Verteilung der Fördermittel im vorliegenden Fall ist nach den Angaben der Beklagten in der mündlichen Verhandlung die Richtlinie des Ministeriums für Wirtschaft des Landes Brandenburg zur Förderung der Konversion im Land Brandenburg vom 20. März 2003 (-Rili-, Amtsbl. für Brandenburg Nr. 20 vom 21.5.2003, S. 534). Danach werden Zuwendungen für Maßnahmen zur Entwicklung militärischer Hinterlassenschaften mit dem Ziel ihrer zivilen Nachnutzung (Konversion) im Land Brandenburg gewährt (Ziff. 1.1). Es besteht kein Anspruch auf Gewährung der Förderung, vielmehr entscheidet die Bewilligungsbehörde aufgrund ihres pflichtgemäßen Ermessens im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel (Ziff. 1.4). Für Zuwendungen mit einem Gesamtbetrag von mehr als 50.000 Euro ist nach Ziff. 3.1 ANBest-G bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen der Abschnitt I der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) zu beachten.

Bei den genannten Regelungen handelt es sich um Verwaltungsvorschriften, die für die Verteilung der Fördermittel Maßstäbe setzen und insoweit das Ermessen der für die Verteilung bestimmten Stellen – hier die Beklagte – regeln (vgl. BVerwG, Beschluss vom 8.4.1997 - 3 C 6/95 -, NVwZ 1998, S. 273, 274). Verwaltungsvorschriften unterliegen keiner eigenständigen richterlichen Auslegung wie Rechtsnormen. Entscheidend ist vielmehr, wie die zuständigen Behörden die Verwaltungsvorschrift im maßgeblichen Zeitpunkt in ständiger Praxis gehandhabt haben und in welchem Umfang sie infolge dessen durch den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebunden sind. Die für das Gericht im Rahmen des § 114

VwGO nachprüfbar Grenzen des Ermessens bestimmen sich danach, ob im Einzelfall der durch die gesetzliche Zweckbestimmung gezogene Rahmen nicht beachtet oder der Gleichheitssatz verletzt worden ist. Abzustellen ist dabei auf die tatsächliche Vergabepaxis der Bewilligungsbehörde zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Fördermittelantrag (vgl. zum Vorstehenden BVerwG, Urteil vom 17.1.1996 - 11 C 5/95 -, NJW 1996, S. 1766, 1767).

Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Versagung der Zuwendung ermessensfehlerhaft erfolgt, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind und die Beklagte von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 114 Satz 1 VwGO). Nach der seinerzeit geltenden Verwaltungspraxis, die nach den Angaben der Beklagten in der mündlichen Verhandlung im Aktenvermerk vom 8. November 2004 zum Ausdruck kommt, führte ein Verstoß gegen die Pflicht zur Beachtung der VOB-Vorschriften nach Ziff. 3.1 ANBest-G regelmäßig zum Ausschluss von der Förderung, unabhängig davon, ob formelle oder materielle Fehler im Vergabeverfahren vorlagen und wie schwer der Verstoß im Einzelfall wog. Die Verwaltungspraxis der Beklagten ist unter Berücksichtigung des Zuwendungszwecks, einen sparsamen Umgang mit Fördermitteln sicherzustellen, unverhältnismäßig. Ermessensfehlerfrei hätte die Zuwendung nur dann versagt werden können, wenn ein schwerer Vergaberechtsverstoß im Sinne einer grob vergaberechtswidrigen Wertung vorgelegen hätte (vgl. zur Praxis in Bayern BayVGh, Urteil vom 13.12.2001 – 4 B 01.623 – und VG München, Urt. v. 11.3.2010 - M 10 K 09.853 -, Rdnr. 42, zit. nach juris). Die mit der genannten Nebenbestimmung verfolgte Förderung des Wettbewerbs darf kein Selbstzweck sein, sondern muss im Zusammenhang mit dem Zuwendungszweck stehen. Bei Ziff. 3.1 ANBest-G handelt es sich - auch nach dem Verständnis der Beklagten - nicht um eine Zuwendungsvoraussetzung im engeren Sinne, sondern um eine Auflage zur Sicherstellung eines sparsamen und wirtschaftlichen Einsatzes der Zuwendung (in diesem Sinne auch BayVGh, a. a. O., und OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 5.3.2010 - 1 C 6/10 - Rdnr. 10, zit. nach juris). In die Ermessensausübung einzustellen war auch der Umstand, dass die VOB/A der Klägerin als öffentlicher Auftraggeber hinsichtlich der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens im Einzelnen - so z. B. bei der Bestimmung der Zuschlagskriterien und des wirtschaftlichsten Angebots - Ermessens- und Beurteilungsspielräume einräumt (vgl. juris Praxiskommentar Vergaberecht, Herausgeber: Heiermann u. a., § 97 GWB Rdnr. 87 und 89). Insoweit ist es der Beklagten als Zuwendungsgeberin verwehrt, ihren Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum an die Stelle der Klägerin zu setzen. Auch dieser Gesichtspunkt gebietet aus Sicht des Gerichts eine Einschränkung der Ermessensausübung der Beklagten dahingehend, dass eine Versagung von Fördermitteln nur gerechtfertigt ist, wenn grundlegende Vorschriften der VOB/A verletzt werden, so z. B. das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot.

Diese rechtlichen Vorgaben hat die Beklagte bei ihrer Ermessensausübung außer Acht gelassen. Sie ist außerdem von falschen Voraussetzungen ausgegangen, da die in dem ablehnenden Bescheid kumulativ angeführten Vergabeverstöße nicht sämtlich zutreffen; dementsprechend ist die Versagung ermessensfehlerhaft erfolgt.

Entgegen der Annahme der Beklagten liegt ein Verstoß gegen § 18 Nr. 1 VOB/A in der hier maßgeblichen Fassung von Dezember 2002 nicht vor. Nach dieser Vorschrift ist für die Bearbeitung und Einreichung der Angebote eine ausreichende Angebotsfrist vorzusehen, auch bei Dringlichkeit nicht unter 10 Tagen. Hier lief die Angebotsfrist ab Veröffentlichung der Bekanntmachung am 26. Juli 2004 und endete mit Öffnung der Angebote im Eröffnungstermin am 10. August 2004. Die Angebotsfrist war damit ausreichend bemessen; die Mindestfrist von 10 Tagen wurde nicht unterschritten. Die Dringlichkeit, die sich auf die Notwendigkeit schneller Leistungsausführung beziehen muss (vgl. Kratzenberg in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 15. Aufl. § 18 Rdnr. 10), ist unter Würdigung des Vorbringens der Klägerin zu bejahen. Die Klägerin hat nachvollziehbar dargelegt, dass sie unter dem zeitlichen Druck gestanden habe, spätestens am 16. August 2004 mit dem Bau zu beginnen, anderenfalls die Co-Finanzierung durch die BfA in Höhe von 15 % der

Gesamtkosten weggefallen wäre. Ohne die Co-Finanzierung hätte jedoch der geplante Rückbau 2004 nicht stattfinden können. Die Frist war auch so bemessen, dass den Bietern hinreichend Zeit für die Bearbeitung und Einreichung ihrer Angebote zur Verfügung stand. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin den Bietern innerhalb dieser Frist am 4. August 2004 noch eine Ortsbesichtigung in Gegenwart einer Mitarbeiterin der Unteren Abfallwirtschaftsbehörde angeboten hat und mit Schreiben vom 5. August 2004 den Bietern Allgemeine Hinweise der Unteren Abfallwirtschaftsbehörde zum Umgang mit Altlasten sowie Auszüge aus dem Gutachten zur Gefährdungsabschätzung übersandt hat. Hierdurch wurden den Bietern nach dem überzeugenden Vorbringen der Klägerin zusätzliche Hilfestellungen für die Angebotserarbeitung zur Verfügung gestellt, nicht aber wurde der Ausschreibungsgegenstand wesentlich verändert. Entgegen der von der Beklagten ohne nähere Begründung vertretenen Auffassung sind Klarstellungen zum Vergabegegenstand innerhalb der Angebotsfrist nicht unzulässig, sondern können aus Gründen der Gleichbehandlung aller Bieter zu deren Information geboten sein, insbesondere um den Bietern – wie hier im Ortstermin – ein genaues Bild über Art und Umfang der Bauleistung zu verschaffen. Auch durch das Schreiben der Klägerin vom 5. August 2004 wurde – entgegen der Ansicht der Beklagten – der Ausschreibungsgegenstand nicht wesentlich verändert. Vielmehr übersandte die Klägerin den Bietern zu deren Information Unterlagen zum Umgang mit Altlasten, über deren Inhalt sich die Bieter sonst selbst hätten Kenntnis verschaffen müssen.

Die Klägerin hat auch nicht – jedenfalls nicht im Sinne einer grob vergaberechtswidrigen Wertung und damit nicht schwerwiegend – die Vorschrift des § 16 VOB/A verletzt.

Nach § 16 Nr. 1 VOB/A soll der Auftraggeber erst dann ausschreiben, wenn alle Verdingungsunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Frist mit der Ausführung begonnen werden kann. Diese Vorschrift dient (auch) dem Schutz der Unternehmer, die an einer Ausschreibung teilnehmen, vor unnötigem Arbeits- und Finanzaufwand für die Kalkulation und Fertigung der Angebote (Portz in: Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 16 VOB/A Rdnr. 6).

Soweit die Beklagte im ablehnenden Bescheid einen Verstoß bejaht, weil nach der Ausschreibung der Auftrag reduziert und die einzusetzenden ABM-Kräfte durch Schreiben der Klägerin vom 5. August 2004 auf die einzelnen Lose verteilt wurden, kann ihr allenfalls teilweise gefolgt werden. Die Reduzierung des Auftrags durch den Wegfall von Losen dürfte keine Änderung des Ausschreibungsgegenstands, sondern nur von Teilleistungen zur Folge haben. Hier war bereits in den Verdingungsunterlagen (Leistungsverzeichnis vom 29.7.2004, S. 10) eine Reduzierung der ausgeschriebenen Leistungen vorbehalten worden. Soweit die Klägerin in ihrem Schreiben vom 5. August 2004 selbst die ABM-Kräfte auf die Lose verteilt hat, könnte möglicherweise ein Vergaberechtsverstoß zu bejahen sein, da nach dem Leistungsverzeichnis die Verteilung der Arbeiter auf die Lose ursprünglich den Bietern überlassen bleiben sollte. In dieser Beziehung ist jedoch zu berücksichtigen, dass § 16 VOB/A eine Soll-Vorschrift ist, die begründete Ausnahmen zulässt. Von einer solchen Ausnahme dürfte unter Würdigung des Vorbringens der Klägerin in der mündlichen Verhandlung zu den Gründen, aus denen sie selbst die Aufteilung der ABM-Kräfte auf die Lose vorgenommen hat, auszugehen sein.

Letztlich kann die Frage, ob ohne ausreichende Vorbereitung unter Verstoß gegen § 16 VOB/A ausgeschrieben wurde, jedoch offen bleiben. Sollte eine Verletzung der formellen Vorschrift des § 16 VOB/A zu bejahen sein, ist diese jedenfalls nicht so gravierend, dass ein Förderausschluss gerechtfertigt wäre.

Ermessensfehlerhaft führt die Beklagte als Versagungsgrund an, dass der gemeinsame Ortstermin am 4. August 2004 mit allen Bietern unzulässig gewesen sei, da hierdurch die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung begründet worden sei. Der Auftraggeber müsse verhindern – so die Beklagte –, dass Absprachen zwischen einzelnen Bietern getroffen

werden. Diese Ermessenserwägung ist zu beanstanden, da es maßgeblich nicht auf die abstrakte Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung, sondern darauf ankommt, ob im konkreten Fall durch den gemeinsamen Ortstermin ein fairer Wettbewerb verhindert wurde. Dies ist nicht ersichtlich, die Beklagte verhält sich hierzu auch nicht. Die Klägerin begründet die Durchführung des gemeinsamen Ortstermins nachvollziehbar damit, dass allen Bietern die gleichen Informationen durch die am Termin teilnehmenden Vertreter der Unteren Abfallwirtschaftsbehörde gegeben werden sollten. Im Übrigen spricht gegen eine Wettbewerbsverzerrung, dass die sieben Bieter unterschiedliche Angebote mit erheblichen Preisspannen (vgl. S. 3 u. 4 der Auswertung der Submission vom 12. August 2004, Anlage 4 zur Klagebegründung) abgegeben haben.

Zu Unrecht hat die Beklagte einen Verstoß gegen § 8 VOB/A, wonach alle Bewerber oder Bieter gleich zu behandeln sind (vgl. Nr. 1), unter dem Gesichtspunkt bejaht, dass die Klägerin die Erfahrung mit ABM-Projekten zur Eignungsvoraussetzung für die Vergabe gemacht habe. Die Klägerin hat den Auftrag (Ausführung von Bauleistungen) aufgrund der Vorgaben der BfA im Bescheid vom 10. August 2004 als Vergabe-ABM ausgeschrieben. Dass die Klägerin im Leistungsverzeichnis den Nachweis von Erfahrungen des Bieters im Umgang mit ABM-Projekten durch Angabe entsprechender Referenzprojekte verlangt hat (vgl. S. 7 Anlage 2 zur Klagebegründung), ist im Hinblick auf den Charakter der Ausschreibung des Auftrags als Vergabe-ABM sachlich gerechtfertigt und nicht – wie die Beklagte ohne nähere Begründung meint – diskriminierend.

§ 8 Nr. 3 Abs. 1 b) VOB/A sieht vor, dass von den Bewerbern oder Bietern zum Nachweis ihrer Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) Angaben über die Ausführung von Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren verlangt werden dürfen. Über die Eignung entscheidet der Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen (Schranner in: Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 2 VOB/A, Rdnr. 22). Auf § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A hat die Klägerin im Aufforderungsschreiben eigens hingewiesen. Der geforderte Nachweis von Referenzprojekten im Umgang mit ABM-Maßnahmen ist zum Nachweis der Eignung der Bieter im Hinblick auf die Co-Finanzierung des Projekts durch die BfA aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Die Forderungen der BfA zur Erfahrung der Bieter im Umgang mit ABM-Maßnahmen und zur Erbringung des Mindestlohns waren von der Klägerin zwingend zu respektieren; entsprechende Nachweise mussten daher gefordert werden.

Ermessensfehlerhaft ist die Versagung auch deswegen, weil der Beklagten von Anfang an bekannt war, dass hier eine Vergabe-ABM ausgeschrieben werden sollte. Denn im Hinblick auf die Vorgaben der BfA – Einstellung der Arbeitskräfte bis zum 16. August 2004 – bewilligte die Beklagte antragsgemäß den vorzeitigen Maßnahmebeginn zur Durchführung der Arbeitsbeschaffungsmaßnahme. Sie wusste auch, dass die BfA der Klägerin die Ausschreibung als ABM aufgegeben hatte. Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist die Entscheidung der Beklagten, die von der Klägerin entwickelten Eignungskriterien, die im sachlichen Zusammenhang mit der Fördermaßnahme stehen, als Verstoß gegen die VOB/A zu bewerten, widersprüchlich und ermessensfehlerhaft.

Im Übrigen setzt sich die Beklagte im angefochtenen Bescheid mit dem Vorbringen der Klägerin, nicht die ABM-Erfahrung selbst sei ausschlaggebendes Eignungskriterium gewesen, sondern die Erbringung des nach dem Leistungsverzeichnis (S. 7) geforderten Nachweises der Vergütung der ABM-Kräfte nach dem gesetzlichen Mindestlohn entsprechend der tariflichen Bindung des Unternehmens, nicht auseinander. Dieser Gesichtspunkt ist im Rahmen des der Klägerin als Auftraggeber zustehenden Ermessensspielraums gerechtfertigt. Zur Leistungsfähigkeit i. S. d. § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A gehört die finanzielle Zuverlässigkeit, womit auch ein Bestand an verfügbaren Mitteln gemeint ist, um den laufenden Verpflichtungen wie Zahlung von Löhnen, Gehältern nachkommen zu können (Schranner in: Ingenstau/Korbion, § 2 Rdnr. 21).

Soweit die Beklagte im angefochtenen Bescheid beanstandet, dass der Ausschluss von Bietern - bis auf die Bieter 4 und 5 (MüCoLEF GmbH und Erdtrans GmbH) - wegen fehlender ABM-Referenzprojekte und fehlender Offenlegung des Mindestlohns nicht zulässig sei, rechtfertigt dies nicht die Versagung der begehrten Fördermittel.

Da die von der Klägerin herangezogenen ABM-Kriterien (Erfahrungen des Bieters mit vergleichbaren Projekten, Offenlegung des Mindestlohns), wie oben dargelegt, zulässige Eignungskriterien sind, führt das Fehlen dieser Kriterien zu einem unvollständigen Angebot und dessen Ausschluss (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b i. V. m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 – 3 VOB/A), d. h. das Angebot darf bereits auf der ersten Wertungsstufe vom Auftraggeber gar nicht mehr berücksichtigt werden.

Hier ist unstreitig, dass nur die beiden ausgewählten Bieter 4 und 5 die geforderten Angaben zum Mindestlohn und zu ABM-Referenzobjekten gemacht haben (vgl. S. 2 der Auswertungstabelle, Anlage zur Submissionsauswertung). Insbesondere war die Angabe des Bieters Nr. 1 (Erdbau Recycling), 80 % des tariflichen Lohns für ABM zu zahlen, nicht verwertbar. Dass der Bieter TVF Thyssen (Nr. 11 Anlage 4) außerdem die Entsorgungswege für den Abfall nicht vollständig angegeben hat, ist zwischen den Beteiligten unstreitig, ebenso der Umstand, dass die Bieter R. und G. (Nr. 3 bzw. 13 der Firmenliste), die beide Beschwerde gegen die Vergabeentscheidung der Klägerin erhoben hatten, unter Berücksichtigung der ABM-Kriterien unvollständige Angebote abgegeben haben. Bei diesen beiden Bietern kommt hinzu, dass sie auch keine Berechtigung zum Transport von besonders überwachungsbedürftigem Abfall hatten, so dass die Entsorgungswege nicht gesichert waren.

Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung waren mit den Bietern, die keine vollständigen Angebote abgegeben hatten, auch keine Aufklärungsgespräche zwingend geboten gewesen. Die Beklagte durfte von der Klägerin keine Angebotsaufklärung hinsichtlich Zweifelsfragen fordern. Nach § 24 Abs. 1 VOB/A darf der Auftraggeber nur in Ausnahmefällen den Angebotsinhalt klären und nachverhandeln. Verboten ist es, in Bietergesprächen fehlende Preisangaben (hier: Angaben zu den Mindestlöhnen der ABM) nachträglich einzuholen (vgl. § 24 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A). Demnach waren auch die fehlenden Angaben von Bietern zu Einheitspreisen für Abfälle, Transportleistungen für Abfall und Entsorgungswege nicht durch Bietergespräche zu korrigieren. Der Bieter E. (Bieter Nr. 10 in der Submissionsauswertung) war auszuschließen, da auch er die geforderten ABM-Nachweise nicht erbracht hatte.

Der von der Beklagten - ohne nähere Begründung - im ablehnenden Bescheid vertretenen Auffassung, dass in den hier zu bewertenden Losen betreffend die Konversionsprojekte der Zuschlag nicht auf das wirtschaftlichste Angebot verteilt worden sei, kann nicht gefolgt werden. Da nur die beiden von der Klägerin ausgewählten Firmen vollständige Angebote gemacht haben, kommen nur diese allein für den Zuschlag in Betracht.

Im Ergebnis ist ein gravierender Verstoß gegen Vergabevorschriften, die zu einer Wettbewerbsverzerrung geführt haben, also nicht erkennbar. Das Interesse der Beklagten an einem wirtschaftlichen und sparsamen Einsatz von Fördermitteln ist nicht beeinträchtigt.

Die von der Beklagten – ohne nähere Begründung – im Ablehnungsbescheid angeführten europarechtlichen Bestimmungen sind ebenfalls nicht beeinträchtigt. Art. 34 VO (EG) Nr. 1260/1999 regelt die Verwaltung von Fondsinterventionen durch die Verwaltungsbehörde, die nach Abs. 1 der Vorschrift die Verantwortung für die Wirksamkeit und Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung und Durchführung trägt. Die Klägerin als Zuwendungsempfängerin ist nicht Adressatin der Norm. Unter welchem Gesichtspunkt hier ein Pflichtenverstoß vorliegen soll, ist für das Gericht nicht erkennbar. Dies führt die Beklagte nicht weiter aus.

Art. 4 VO (EG) Nr. 438/2001 regelt Verwaltungs- und Kontrollsysteme, wozu auch Verfahren zur Sicherstellung der Vergabe öffentlicher Aufträge gehören. Auch hier ist die Klägerin nicht Normadressat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 Abs. 2 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.