Vergaberecht

Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht

in Zusammenarbeit mit der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V.
in Verbindung mit der AG Vergaberecht im Deutschen Anwaltverein

HERAUSGEBER
Bernhard Stolz, München

SCHRIFTLEITUNG
Loni Goldbrunner, München

FACHBEIRAT
Univ.-Prof. Dr. Martin Burgi, München
Heinz Peter Dicks, Düsseldorf
Prof. Horst Franke, Frankfurt
Jochem Gröning, Berlin
Dr. Matthias Krist, Koblenz
Malte Müller-Wrede, Berlin
Dr. Annette Mutschler-Siebert, Berlin
Dr. Olaf Otting, Frankfurt
Dr. Norbert Reuber, Köln
Prof. Dr. Mark von Wietersheim, Berlin
Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer

90 Tage testen
JURION
Infos unter 0221 9 43 73 – 70 50

Heft 2
März 2018
Seiten 99–182
18. Jahrgang
Art.-Nr. 23880802

2

Werner Verlag

AUS DEM INHALT:

Aufsätze

Deuster/Ristelhuber Direktvergaben an kommunale Aktiengesellschaften • S. 99

Willenbruch Rechtliche Aspekte der Markterkundung • S. 103

Wolf/Wolters Zur Rügeobliegenheit bei de-facto-Vergaben • S. 106

Rechtsprechung

EuGH, 19.10.2017 Ungewöhnlich niedriges Angebot; Methodik der Identifizierung; veranschlagtes Budget • S. 115

Thüringer OLG, 15.03.2017 Grundstücksverkauf mit Bauverpflichtung; öffentlicher Bauauftrag; unmittelbares wirtschaftliches Interesse • S. 127

Thüringer OLG, 02.08.2017 Dienstleistungsauftrag; Mindestjahresumsatz; unbefristeter Auftrag; Dokumentation • S. 144

OLG München, 07.11.2017 Dienstleistungsauftrag; fehlender Preis; wesentliche Preisangabe; Nachforderung • S. 148

OLG Düsseldorf, 02.08.2017 Entsorgungsleistungen; Änderungen an den Vergabeunterlagen; Aufklärung; unangemessen niedriges Angebot; Aufgreifschwelle • S. 151

OLG Frankfurt, 26.09.2017 Bauauftrag; Änderung der Vergabeunterlagen; Auslegung; Normkonformität; Prüfzeugnis • S. 157

OLG Koblenz, 04.01.2018 Bauauftrag; Aufklärung von Einzelpreisen; Mischkalkulation; Verweigerung der Aufklärung • S. 165

OLG Düsseldorf, 13.12.2017 Dienstleistungskonzession; Unterschwellenvergabe; Informations- und Wartepflicht; Nichtigkeit des Vertrags • S. 174

Bernhard Stolz

Liebe Leserinnen und Leser,

es ist nunmehr genau zwei Jahre her, dass die Vergaberechtsreform im Oberschwellenbereich umgesetzt wurde. Dass der Regelungsgehalt der mit ihr neu eingeführten Vorschriften einer näheren Präzisierung durch die Rechtsprechung bedarf, war aufgrund der „eins zu eins"-Umsetzung der zugrundeliegenden EU-Richtlinien zu erwarten. So hat sich jetzt der Vergabesenat des Thüringer OLG (2 Verg 2/17) mit der neu eingeführten Regelung des § 45 Abs. 2 VgV befasst, wonach ein verlangter Mindestjahresumsatz das Zweifache des geschätzten Auftragswerts nicht überschreiten darf. Dabei hat er klargestellt, dass es auch bei Dienstleistungsaufträgen mit langer oder unbestimmter Laufzeit auf den Gesamtauftragswert und nicht etwa nur auf den jährlichen Auftragswert ankommt. Ferner soll nach dieser Entscheidung auch die Forderung eines Mindestjahresumsatzes, der diese Grenze einhält, einer dokumentierten Rechtfertigung bedürfen. Das OLG München (Verg 8/17) hat im Kontext mit der im Zuge der Vergaberechtsreform neu eingeführten Regelung zur Kommunikation in § 9 VgV klargestellt, dass es nicht zu beanstanden ist, wenn der öffentliche Auftraggeber Bieterfragen und die Antworten hierauf allen interessierten Unternehmen über seine Internetseite zur Verfügung stellt, wenn er dies zuvor transparent bekannt gemacht hat. Damit ist bestätigt, dass die Begründung einer „Holschuld" der Bieter eine zulässige Alternative zur „Bringschuld" des Auftraggebers ist.

Während die Vergaberechtsreform im Oberschwellenbereich schon einige Zeit zurück liegt und die mit ihr eingeführten Vorschriften in der obergerichtlichen Rechtsprechung angekommen sind, ist die Reform im Unterschwellenbereich zumindest auf Länderebene noch im vollen Gange. Passend hierzu ist die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13.12.2017 (27 U 25/17) ergangen, in der im Rahmen eines obiter dictum noch einmal hervorgehoben wird, dass gewichtige Gründe dafür sprechen, auch im Unterschwellenbereich die Einhaltung einer Informations- und Wartpflicht durch den öffentlichen Auftraggeber zu verlangen. Nachdem in der UVgO bewusst auf eine entsprechende Regelung verzichtet wurde, wird zu beobachten sein, ob sich diese Auffassung in der Rechtsprechung allgemein durchsetzt. Gewichtige Einwände dagegen hat Kaiser in seiner Anmerkung zur Entscheidung des OLG Düsseldorf angeführt. Über die weitere Entwicklung dieser Frage werden wir Sie an dieser Stelle natürlich wie gewohnt auf dem Laufenden halten.

Rechtsanwalt Bernhard Stolz, München

Vergaberecht

Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht

INHALT 2 · 2018

Editorial I
Impressum V

Aufsätze

Direktvergaben an kommunale Aktiengesellschaften
Deuster/Ristelhuber **99**

Rechtliche Aspekte der Markterkundung
Willenbruch **103**

Zur Rügeobliegenheit bei de-facto-Vergaben
Wolf/Wolters **106**

Rechtsprechung

EuGH, Urt. v. 19.10.2017 – C-198/16
Ungewöhnlich niedriges Angebot; Methodik der Identifizierung; veranschlagtes Budget; Nachweis der Seriosität; kontradiktatorisches Verfahren; Kostensimulation; Gleichbehandlung; Schadensersatz **115**

Anmerkung: Klein **125**

Thüringer OLG, Beschl. v. 15.03.2017 – 2 Verg 3/16
Grundstücksverkauf mit Bauverpflichtung; „eingekapselte Beschaffung"; öffentlicher Bauauftrag; unmittelbares wirtschaftliches Interesse; einklagbare Forderung; Rückübertragungsverpflichtung; Entgeltlichkeit; Nachprüfungsverfahren; Parteierweiterung; sofortige Beschwerde; Zulässigkeit; Antrag **127**

Anmerkung: Herrmann **135**

Thüringer OLG, Beschl. v. 15.03.2017 – 2 Verg 8/16
Öffentlicher Auftrag; Planungsleistungen; Schwellenwert; Nachprüfungsverfahren; 6-Monats-Frist; Antragsbegründung; Behauptung „ins Blaue hinein" **137**

Thüringer OLG, Beschl. v. 02.08.2017 – 2 Verg 2/17
Dienstleistungsauftrag; Mindestjahresumsatz; wirtschaftliche Leistungsfähigkeit; Verhältnismäßigkeit; unbefristeter Auftrag; Auftragswert; Ermessen; Dokumentation; Antragsbefugnis **144**

Anmerkung: Gielen **146**

OLG München, Beschl. v. 07.11.2017 – Verg 8/17
Dienstleistungsauftrag; Bewerbungsbedingungen; Unklarheiten; Bieterfragen; fehlender Preis; wesentliche Preisangabe; Nachforderung; Rügeobliegenheit **148**

Anmerkung: Noch **150**

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.08.2017 – VII-Verg 17/17
Entsorgungsleistungen; Änderungen an den Vergabeunterlagen; Auslegung; Aufklärung; unangemessen niedriges Angebot; Aufgreifschwelle; Bieterschutz; Angemessenheitsprüfung **151**

Anmerkung: Lück **156**

OLG Frankfurt, Beschl. v. 26.09.2017 – 11 Verg 11/17
Bauauftrag; Änderung der Vergabeunterlagen; Auslegung; Normkonformität; Prüfzeugnis; Antragsbefugnis; Verfahrensförderungspflicht; Akteneinsicht **157**

Anmerkung: Dobmann **164**

OLG Koblenz, Beschl. v. 04.01.2018 – Verg 3/17
Bauauftrag; Aufklärung von Einzelpreisen; Mischkalkulation; Verweigerung der Aufklärung; Ausschluss; Antrag auf Verlängerung

der aufschiebenden Wirkung; Erfolgsaussichten **165**

Anmerkung: Hartung **170**

OLG Rostock, Beschl. v. 21.07.2017 – 17 Verg 3/17
Bauauftrag; Bauleistung nach Anhang II; Schwellenwert; Antrag auf Untersagung der Vertragsdurchführung; Interessenabwägung; Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung; Rechtsschutzbedürfnis **171**

OLG Rostock, Beschl. v. 27.03.2017 – 17 Verg 1/17
Verhandlungsverfahren; Teilnahmewettbewerb; Eignung; Referenzen; Vergleichbarkeit; Beurteilungsspielraum; Rügeobliegenheit; Präklusion; Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung; Erfolgsaussichten **172**

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.12.2017 – 27 U 25/17
Dienstleistungskonzession; Unterschwellenvergabe; Informations- und Wartepflicht; Zuschlag; Nichtigkeit des Vertrags; einstweilige Verfügung **174**

Anmerkung: Kaiser **178**

OLG Koblenz, Urt. v. 17.08.2017 – 1 U 7/17
Grundstücksverkauf; Auslobung; vorvertragliches Schuldverhältnis; einstweilige Verfügung **179**

Buchbesprechungen

Hans-Martin Müller/Bettina Richter/Jan Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht
Joachim Erdmann **181**

Beilagenhinweis:
Mit dieser Ausgabe verteilen wir Beilagen der FORUM GmbH, der Verlag C.H. Beck oHG und der Verlag Dr. Otto Schmidt KG.
Wir bitten um freundliche Beachtung.

Fachbeirat: Univ.-Prof. Dr. Martin **Burgi**, München • Vors. Richter am OLG Heinz Peter **Dicks**, Düsseldorf • RA Prof. Horst **Franke**, Frankfurt • Richter am BGH Jochem **Gröning**, Berlin • RA Dr. Matthias **Krist**, Koblenz • RA Malte **Müller-Wrede**, Berlin • RA Annette **Mutschler-Siebert**, Berlin • Dr. Olaf **Otting**, Frankfurt • Dr. Norbert **Reuber**, Köln • RA Prof. Dr. Mark **von Wietersheim**, Berlin, Geschäftsführer forum vergabe e.V. • Univ.-Prof. Dr. Jan **Ziekow**, Speyer, Direktor Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung

Mitarbeiter: RA Dr. **Abel**, München • RA **Amelung**, Frankfurt • RA Dr. **Antweiler**, Düsseldorf • Dipl.-Ing. **Baumann**, Augsburg • RA Prof. Dr. **Benedict**, Mannheim • RA Dr. **Braun**, Leipzig • RA **Conrad**, Berlin • RA Dr. **Deckers**, Köln • RAin **Diercks-Oppler**, Hamburg • RA **Dörn**, Frankfurt • RA Dr. **Dobmann**, Berlin • RA **Donhauser**, München • Referent Deutscher Städte- und Gemeindebund **Düsterdiek**, Bonn • MR Prof. Dr. **Erdmann**, Hannover • RAin **Gielen**, Berlin • RA **Goede**, München • RA Dr. **Greb**, Berlin • RA Dr. **Gulich**, Braunschweig • RA **Hartung**, München • RA Dr. **Haug**, Bremen • RA Dr. **Hausmann**, Berlin • RA Dr. **Herrmann**, München • RA Dr. **Hertwig**, Köln • RA Dr. **Horn**, Frankfurt • RA **Horstkotte**, Rostock • RA Dr. **Hübner**, Stuttgart • RA Prof. Dr. **Kainz**, München • RA **Kaiser**, Mainz • RA Dr. **Klein**, Berlin • RA **Köhler**, Leipzig • RA Dr. **Kus**, Mönchengladbach • RA Prof. Dr. **Leinemann**, Berlin • RAin Dr. **Losch**, Hannover • RA Dr. **Lück**, Köln • RA Dr. **Mantler**, München • **Meißner**, Köln, Referentin Deutscher Städtetag • RA Dr. **Noch**, München • RA Dr. **Opitz**, Frankfurt • RA Dr. **Ortner**, München • RA **Pauli**, Mannheim • RAin Dr. **Pfarr**, Stuttgart • **Portz**, Bonn, Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes • RA Dr. **Prieß**, Berlin • RA **Probst**, Berlin • RA Prof. Dr. **Reidt**, Berlin • RA Dr. **Renner**, München • RAin Dr. **Rosenkötter**, Frankfurt • RA Dr. **Schalk**, Schrobenhausen • RA Dr. **Schranner**, Berlin • Dr. **Schwabe**, Frankfurt, Vergabemanager • RA Dr. **Siebler**, München • RA Dr. **Stickler**, Leipzig • RA Dr. **Ulshöfer**, Stuttgart • RA **Trautner**, Frankfurt • RA Dr. **Voppel**, Köln • RA **Weihrauch**, Köln • RA Dr. **Willenbruch**, Hamburg

Vergaberecht

Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
Heft 2/2018 · Seiten 99–182

Herausgeber: Bernhard Stolz, München, Rechtsanwalt

Aufsätze

Direktvergaben an kommunale Aktiengesellschaften

Reicht für die erforderliche Kontrolle ein Beherrschungsvertrag?

von Rechtsanwalt Dr. Jan Deuster und Rechtsanwalt Johannes Ristelhuber, Köln*

Europarecht verpflichtet öffentliche Auftraggeber nicht, auch solche Leistungen in den Wettbewerb zu geben, die sie selber erbringen möchten. Das gilt in besonderem Maße für so genannte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (kurz: „DAWI"). Unter diesen Begriff fallen Aufgaben, die etwa wie der ÖPNV zum Daseinsvorsorgeauftrag der Kommunen gehören. DAWI-Aufträgen kommt zwar gem. Art. 14 AEUV und dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) beigefügten Protokoll Nr. 26 ein besonderer Stellenwert in der EU-Rechtsordnung zu,[1] sie sind gleichwohl nicht vom EU-Vergaberecht ausgenommen. Problematisch ist das Eigenerbringungsrecht deshalb immer dann, wenn der Auftraggeber den DAWI-Auftrag durch eine rechtlich von ihm getrennte Einheit erbringen will. Um in diesen Fällen zwischen einer vergaberechtsfreien Eigenerbringung und einer vergabepflichtigen Vornahme durch einen Dritten unterscheiden zu können, hat der EuGH in seiner wegweisenden Entscheidung „Teckal"[2] Kriterien für so genannte „Inhouse"-Geschäfte, also eine faktische Eigenerbringung durch die Behörde aufgestellt. Danach muss der öffentliche Auftraggeber über die betreffende Einheit u.a. eine ähnliche Kontrolle ausüben können, wie über seine eigene Dienststelle. Für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) steht mittlerweile fest, dass eine solche Kontrolle wegen des Weisungsrechts nach §§ 37 Abs. 1, 45 Abs. 1 GmbHG immer dann ausgeübt werden kann, wenn der öffentliche Auftraggeber die Mehrheit der Stimmrechte innehält.[3]

Doch was gilt bei der Aktiengesellschaft? Ein dem Recht der GmbH vergleichbares Weisungsrecht an den Geschäftsleiter gibt es nicht. Der Vorstand leitet das Unternehmen eigenverantwortlich und letztlich „weisungsfrei". Dementsprechend kann es für die Kontrollausübung in der kommunalen Aktiengesellschaft nicht genügen, wenn die Mehrheit der Aktien vom kommunalen Träger gehalten werden.

Es stellt sich die Frage, ob die Lösung im Abschluss eines sog. Beherrschungsvertrages mit einer Obergesellschaft liegen kann, zum Beispiel den Stadtwerken oder einer Beteiligungsgesellschaft in Rechtsform einer GmbH, die von einem kommunalen Träger beherrscht wird.

I. Der rechtliche Rahmen

Sowohl nach Art. 12 Abs. 1 RL 2014/24/EU und Art. 28 RL 2014/25/EG, die beide in § 108 GWB umgesetzt wurden, als auch nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007, der unmittelbar für Direktvergaben im ÖPNV gilt, können öffentliche Auftraggeber öffentliche Dienstleistungsaufträge bzw. Konzessionen[4] direkt an eine rechtlich ge-

* CBH Rechtsanwälte Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner, Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB.

1 Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlamentes und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

2 EuGH, Urt. v. 18.11.1999 – Rs. C-107/98 (Teckal Sri).

3 Zuletzt OLG München, Beschl. v. 31.03.2016 – Verg 14/15, Tz. 205, mit Verweis auf BGH, Urt. v. 14.11.1983 – II ZR 33/83 und BGH, Beschl. v. 06.03.1997 – II ZB 4/96.

4 Streng genommen handelt es sich bei Inhouse-Geschäften weder um öffentliche Dienstleistungskonzessionen noch um öffentliche Dienstleistungsaufträge, sondern um eine faktische Eigenerbringung durch die Behörde.

trennte Einheit vergeben, über die die Behörde eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Diese Kontrolle stellt eines der entscheidenden Merkmale für den Status des „internen Betreibers" dar, bei dem eine Direktvergabe von öffentlichen Aufträgen an diese Einheit zulässig ist.

1. Kriterien der Kontrollausübung

Um festzustellen, ob diese Kontrolle ausgeübt werden kann, finden sich zumindest in Art. 5 Abs. 2 Buchst. a) VO (EG) Nr. 1370/2007 eine Reihe von Kriterien, die für die Bewertung, ob eine zuständige örtliche Behörde eine effektive Kontrolle über ihren internen Betreiber ausüben kann, herangezogen werden müssen. Diese Kriterien sind

> „der Umfang der Vertretung in Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremien, diesbezügliche Bestimmungen in der Satzung, Eigentumsrechte, sowie der tatsächliche Einfluss und die tatsächliche Kontrolle über strategische Entscheidungen und einzelne Managemententscheidungen".

Nach den Auslegungsleitlinien 2014/C 92/01 der Europäischen Kommission zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße müssen diese Kriterien zudem stets kumulativ in die Bewertung einbezogen werden.[5]

Die Eigentums- oder Beteiligungsquote an einer Gesellschaft reicht demnach definitiv nicht aus, um eine hinreichende Kontrolle ausüben zu können. Hinzukommen müssen stets insbesondere auch eine Kontrolle über strategische Entscheidungen und einzelne Managemententscheidungen.

Die Ausübung der tatsächlichen Kontrolle über strategische Entscheidungen und einzelne Managemententscheidungen ist abhängig von der Rechtsform der Gesellschaft und den Vereinbarungen in den Gesellschaftsverträgen der Gesellschafter.

2. Kontrollausübung bei der Aktiengesellschaft

In der Aktiengesellschaft ist die Unternehmensführung autonom. Im Gegensatz zur Geschäftsführung einer GmbH, bei der die Geschäftsleitung kraft Gesetzes in allen Belangen den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegt, ist der Vorstand einer AG grundsätzlich nicht gegenüber den Aktionären (= der Hauptversammlung) und auch nicht gegenüber dem Aufsichtsrat weisungsgebunden. Kurz: Die GmbH wird durch eine heteronome, die Aktiengesellschaft durch eine autonome Unternehmensführung charakterisiert. Dies muss zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger auch dann gelten, wenn die öffentliche Hand alle Anteile der Aktiengesellschaft hält und damit nicht die Gefahr besteht, dass das Interesse privater Aktionäre einem fremden Unternehmensziel untergeordnet wird. Eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle lässt sich in einer AG deshalb – wenn überhaupt – nur mit Schwierigkeiten erreichen.[6]

II. Der Beherrschungsvertrag nach § 308 AktG

Die Erfüllung des Kontrollkriteriums für die Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe kann gegenüber einer AG somit allenfalls durch den Abschluss eines sog. Beherrschungsvertrags i.S.d. § 308 AktG hergestellt werden.

1. Allgemeines

Besteht ein Beherrschungsvertrag, so ist das herrschende Unternehmen berechtigt, dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Bestimmt der Vertrag nichts anderes, so können auch Weisungen erteilt werden, die für die Gesellschaft nachteilig sind, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen. Der Vorstand ist verpflichtet, die Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen. Er ist nicht berechtigt, die Befolgung einer Weisung zu verweigern, weil sie nach seiner Ansicht nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dient, es sei denn, dass sie offensichtlich nicht diesen Belangen dient.

Zwar ist nach § 308 Abs. 1 Satz 2, 2. Fall AktG eine nachteilige Weisung auch dann zulässig,

5 Vgl. Ziffer 2.3.1. lit. Ii) der Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (2014/C 92/01) v. 29.03.2014.

6 So auch Prieß, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder in VO (EG) Nr. 1370/2007, Art. 5, Rdnr. 93.

wenn geforderte Maßnahmen nicht im Interesse des herrschenden, aber im Interesse eines mit ihm konzernverbundenen Unternehmens liegen. Fraglich ist jedoch, ob ein solches konzernverbundenes Unternehmen auch die öffentliche Hand selbst sein kann?

Solche offensichtlich nachteiligen Weisungen sind gerade für den Bereich der DAWI typisch und werden im Rahmen einer EU-rechtskonformen Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen DAWI-Verpflichtungen geradezu vorausgesetzt. So z.B. in der Legaldefinition des Art. 2 Buchst. e) der VO (EG) Nr. 1370/2007, wonach gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nur solche Anforderungen an die von der zuständigen Behörde betraute Leistung sind,

> „(…) die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen (…) übernommen hätte".

Es müssen also bereits definitionsgemäß von einem Unternehmen im Rahmen einer Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen DAWI-Verpflichtungen Leistungen verlangt werden, die offensichtlich nicht den unternehmerischen Belangen des Unternehmens, sondern den öffentlichen Interessen dienen.

Allerdings ist in der juristischen Literatur nach wie vor umstritten, ob der Vorstand einer AG im Rahmen von § 308 AktG überhaupt Belange, die allein im öffentlichen Interesse stehen, berücksichtigen darf.

2. Umfang des aktienrechtlichen Weisungsrechts der öffentlichen Hand

Im Hinblick auf die Regelung in § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG ist fraglich, ob solche Weisungen den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen, die im öffentlichen Interesse des kommunalen Trägers liegen, für die eigenen wirtschaftlichen Belange der der beherrschten Aktiengesellschaft, z.B. einem Unternehmen des öffentlichen Nahverkehrs, aber nachteilig sind. Kurz: Sind die öffentlichen Belange des kommunalen Trägers mit den unternehmensbezogenen Belangen identisch und deshalb zulässig, auch wenn sie nachteilig für die beherrschte Aktiengesellschaft sind?

Dabei unterstellt man die oft anzutreffende Konstellation, dass der kommunale Träger, z.B. eine Stadt, über eine Beteiligungsgesellschaft oder die Stadtwerke in Rechtsform einer GmbH als Konzernunternehmen anzusehen ist. Die konzernrechtliche Unternehmereigenschaft der öffentlichen Hand ist von der Rechtsprechung generell anerkannt.[7] Folge dieser Qualifikation ist der Umstand, dass die Belange der Kommune grundsätzlich auch nachteilige Weisungen nach § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG legitimieren können.

Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum ist die Frage umstritten, ob Weisungen der öffentlichen Hand an eine beherrschte AG, die dem öffentlichen Interesse dienen, aber für die AG nachteilig sind, durch das Konzerninteresse der öffentlichen Hand gedeckt sind, also i.S.d. § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG „… den Belangen des (…) mit ihm [dem herrschenden Unternehmen] und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmens dienen"[8] oder ob es sich bei solchen Weisungen im öffentlichen Interesse um Belange Dritter handelt, die von § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht mehr gedeckt sind.[9]

Die Befürworter der Zulässigkeit von Weisungen im öffentlichen Interesse weisen darauf hin, dass die heute ganz herrschende Auffassung Gebietskörperschaften ausdrücklich für geeignet hält, eine Kapitalgesellschaft vertraglich zu beherrschen. Dann jedoch sei es konsequent, wenn der Hoheitsträger mit seiner Zwecksetzung auch das Konzerninteresse bestimme. Da der Hoheitsträger aber gerade an die öffentlichen Interessen gebunden sei, während es nicht zu seinen Aufgaben gehöre, Gewinne zu erzielen, liege es auf der Hand und sei legitim, dass mit dem Beherrschungsvertrag gerade die Durchsetzung öffentlicher Interessen bezweckt werde. Ausdrücklich wird in diesem Zusammenhang in der Diskussion auch auf das Beispiel einer unrentablen Buslinie eingegangen, die eben im öffentli-

7 Vgl. BGH, Beschl. v. 17.03.1997 – II ZB 3/96, NJW 1997, 1855.

8 So Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 308 Rdnr. 18; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 308, Rdnr. 28a; MünchKomm.-Altmeppen, AktG, 4. Aufl. 2015, § 308 Rdnr. 113; Kiefner/Schürnbrand, AG 2013, 789 ff. jew. m.w.N.

9 So Schmidt/Lutter/Langenbucher, AktG, § 308, Rdnr. 30; Emmerich/Habersack/Emmerich, Aktien-/GmbH-KonzernR, 8. Aufl. 2016, AktG § 308 Rdnr. 50; Gurlit, NZG 2012, 249, 254; jew. m.w.N.

chen Interesse aufrecht erhalten bleiben solle. Dies sei durch § 308 AktG gedeckt.[10]

Die Rechtsprechung hat zu diesem Problem – soweit ersichtlich – noch nicht Stellung genommen. Der Beschluss des BGH v. 17.03.1997,[11] der von Vertretern beider Auffassungen jeweils zur Stützung der eigenen Meinung zitiert wird, sagt zu diesem Thema im Ergebnis nichts aus. Der BGH stellt lediglich im Zusammenhang mit den Voraussetzungen für die Unternehmenseigenschaft im konzernrechtlichen Sinne bei Körperschaften des öffentlichen Rechts fest:

> „Denn anders als bei privaten Aktionären ist bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Regelfall davon auszugehen, dass sie sich bei der Ausübung ihres Einflusses auf die beherrschte AG nicht nur von typischen Aktionärsinteressen, sondern auch von anderen Interessen leiten lassen, nämlich solchen, die aus ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellung herrühren."

Ob diese öffentlichen Interessen somit aber zu den eigenen Belangen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft zählen oder als Belange Dritter anzusehen sind, lässt der BGH in seinem Beschluss offen, da sich diese Frage in dem zu entscheidenden Fall auch gar nicht stellte.

Tatsächlich sprechen die besseren Argumente dafür, dass in einem Konzern mit einer Körperschaft des öffentlichen Rechts als Obergesellschaft auch Weisungen im öffentlichen Interesse von § 308 AktG gedeckt sind, da die Wahrnehmung öffentlicher Interessen gerade die Aufgabe der öffentlichen Hand und somit quasi der „Unternehmenszweck" der Körperschaften des öffentlichen Rechts ist. Andernfalls hätte es im Ergebnis wenig Sinn, Körperschaften des öffentlichen Rechts als herrschende Unternehmen im Sinne des Aktienrechts zuzulassen, was indes statthaft ist.

3. Grenzen des Weisungsrechts

Die Grenzen des Weisungsrechts werden zunächst durch die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen gesetzt. Nichtig ist eine Weisung insbesondere dann, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt. So ist das herrschende Unternehmen, also die Kommune, nicht berechtigt, den Vorstand der Gesellschaft zu Verstößen gegen handels-, gesellschafts-, wettbewerbs- oder bilanzrechtliche Vorschriften anzuweisen. Bei regulierten Unternehmen können sich weitere Schranken des Weisungsrechts aus den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen ergeben.[12]

Zudem setzen die gesetzlich statuierte Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft und die Satzung des beherrschten Unternehmens dem Weisungsrecht Grenzen. Wie oben aufgezeigt ist Adressat des Weisungsrechts der Vorstand der beherrschten Aktiengesellschaft. Der Beherrschungsvertrag ermöglicht dementsprechend Weisungen nur innerhalb von dessen Kompetenzbereich. Weil der Beherrschungsvertrag keine Weisungen an den Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft ermöglicht, ist er sachlich auf den Kompetenzbereich des Vorstands beschränkt. Weisungen im Kompetenzbereich des Aufsichtsrates und der Hauptversammlungen sind nicht möglich.

Daraus folgt: Das herrschende Unternehmen kann den Vorstand der beherrschten Aktiengesellschaft nicht anweisen, Tätigkeiten außerhalb des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands aufzunehmen (Satzungsüberschreitung) oder Tätigkeiten innerhalb des Unternehmensgegenstands vollständig aufzugeben (Satzungsunterschreitung). Gleichfalls unzulässig sind Weisungen, aufgrund derer die Gesellschaft ihre operative Geschäftstätigkeit ganz oder in wesentlichen Teilen einstellen oder auf Tochtergesellschaften verlagern muss (und somit zur reinen Holding wird).[13]

Schließlich sind Weisungen unzulässig, deren Befolgung die Existenz der beherrschten Aktiengesellschaft gefährden oder gar vernichten könnten. Als existenzgefährdende oder gar -vernichtende Weisungen sind solche zu verstehen, die im Falle ihrer Durchführung zur Auflösung, zur Insolvenz oder zum formlosen Ausscheiden der Untergesellschaft aus dem Rechtsverkehr führen.[14] Zum Teil wird

10 So ausdrücklich MünchKomm.-Altmeppen, AktG, a.a.O., § 308 Rdnr. 113.

11 BGH, Beschl. v. 17.03.1997 – II ZB 3/96, NJW 1997, 1855.

12 Koch, in: Hüffer/Koch, a.a.O., § 308 Rdnr. 14; Leuering/Goertz, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 308 Rdnr. 32; Servatius, in: Grigoleit, AktG, 1. Aufl. 2013, § 308 Rdnr. 16.

13 So ausdrücklich: Leuering/Goertz, in: Hölters, a.a.O., § 308 Rdnr. 34 m.w.N.

14 Koch, in: Hüffer/Koch, a.a.O., § 308 Rdnr. 19; 19 W 13/86 Grigoleit/Servatius, a.a.O., § 308 Rdnr. 20; Hölters/Leuering/Goertz, a.a.O., § 308 Rdnr. 35 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.06.1990 – 19 W 13/86, AG 1990, 490, 492.

dabei noch danach differenziert, ob die Existenzgefährdung während oder nach der Laufzeit des Beherrschungsvertrages eintritt.[15]

Diese Beschränkungen sind auch im kommunalen Konzern zu beachten. Auch öffentliche Belange vermögen eine Existenzgefährdung der angewiesenen Gesellschaft nicht zu rechtfertigen.

4. Inhouse-Vergabe an die beherrschte Aktiengesellschaft

Sind jedoch auch für die beherrsche Aktiengesellschaft nachteilige Weisungen im öffentlichen Interesse möglich, z.B. die Aufrechterhaltung einer unrentablen Strecke im öffentlichen Personennahverkehr, kann über das Instrument des § 308 AktG die der Aktiengesellschaft eigene Autonomie der Unternehmensführung aufgehoben und eine Kontrollausübung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 RL 2014/24/EU, Art. 28 RL 2014/25/EG und Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 grundsätzlich erreicht werden.

Allerdings ist zu beachten, dass das Weisungsrecht sich auf den Vorstand der beherrschten Aktiengesellschaft beschränkt. Der Beherrschungsvertrag gibt deshalb kein Recht zu Weisungen an Mitarbeiter nachgeordneter Führungsebenen am Vorstand vorbei.[16] Auch an Mitglieder des Aufsichtsrates können keine Weisungen erteilt werden, da der Wortlaut die Weisungsbefugnis klar auf Vorstand beschränkt hat und dies auch der Intention des Gesetzgebers entspricht.[17]

Ein Beherrschungsvertrag ändert mithin nichts daran, dass bestimmte Rechtsgeschäfte der beherrschten Aktiengesellschaft der Zustimmung ihres Aufsichtsrates bedürfen. Zwar kann die Zustimmung des Aufsichtsrates gem. § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG ersetzt werden, in dem die Weisung einfach noch einmal vom herrschenden Unternehmen wiederholt wird; das geht, wenn das herrschende Unternehmen selbst einen Aufsichtsrat hat, jedoch nur mit dessen Zustimmung, vgl. § 308 Abs. 3 Satz 2, Halbs. 2 AktG.[18]

In der Gestaltung des kommunalen Konzerns sollte wegen des weiterhin bestehenden Zustimmungserfordernisses durch den Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft vorsorglich auf eine Besetzung des Aufsichtsrates geachtet werden, die die Weisungsbefugnis aus dem Beherrschungsvertrag unterstützt, etwa durch kommunale Vertreter im Aufsichtsrat.

III. Ergebnis

Auch bei der Aktiengesellschaft ist eine Direktvergabe an das eigene kommunale Unternehmen möglich. Voraussetzung ist allerdings, dass ein Beherrschungsvertrag i.S.v. § 308 AktG abgeschlossen wird, um die autonome Unternehmensleitung in eine heteronome zu wandeln, wie sie bei der GmbH bereits gesetzlich angelegt ist. Der Aufsichtsrat der beherrschten Aktiengesellschaft sollte zudem vorsorglich so besetzt werden, dass die heteronome Unternehmensleitung nicht konterkariert wird.

15 Vgl. etwa: Leuering/Goertz, in: Hölters, a.a.O., § 308 Rdnr. 35 ff.

16 MünchKomm.-Altmeppen, AktG, a.a.O., § 308 Rdnr. 73 ff.; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, a.a.O., § 308 Rdnr. 19; Koch, in: Hüffer/Koch, a.a.O., § 308 Rdnr. 7, jew. m.w.N.

17 Emmerich/Habersack/Emmerich, a.a.O., § 308 Rn. 17; Koch, in: Hüffer/Koch, a.a.O., § 308 Rdnr. 7; a.A. v. Falkenhausen, ZIP 2014, 1205 (1206 f.).

18 Leuering/Goertz, in: Hölters, a.a.O., § 308 Rdnr. 58 weisen darauf hin, dass sich so die Zustimmungspflicht in ein Informationsrecht wandelt und regen an, die Rechte des Aufsichtsrates nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG ruhend zu stellen.

Rechtliche Aspekte der Markterkundung

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht Dr. Klaus Willenbruch, Hamburg

In der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur spielt die in § 28 VgV für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte und in § 20 UVgO für den Unterschwellenbereich geregelte Markterkundung keine Rolle. Das dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Markterkundung nach allgemeinem Verständnis ein dem Vergabeverfahren vorgelagerter Vorgang ist, der in Zusammenhang mit dem Recht des öffentlichen Auftraggebers steht, den Beschaffungsgegenstand selbst und weit-

gehend überprüfungsfrei zu bestimmen. Bis zur Modernisierung des Vergaberechts im Jahre 2016 erschöpfte sich die gesetzliche Regelung deshalb auf das Verbot, ein Vergabeverfahren zum Zwecke der Markterkundung durchzuführen (§§ 2 Abs. 4 VOB/A und 2 Abs. 3.VOL/A). Dies änderte sich mit der Umsetzung der Vergaberichtlinie 2014/24/EU, die in Art. 40 „vorherige Marktkonsultationen zur Vorbereitung eines Vergabeverfahrens" ausdrücklich bestimmt:

> „Vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens können öffentliche Auftraggeber Marktkonsultationen zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Wirtschaftsteilnehmer über ihre Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchführen.
>
> Hierzu können die öffentlichen Auftraggeber bspw. den Rat von unabhängigen Sachverständigen oder Behörden beziehungsweise von Marktteilnehmern einholen oder annehmen. Der Rat kann für die Planung und Durchführung des Vergabeverfahrens genutzt werden, sofern dieser Rat nicht wettbewerbsverzerrend ist und nicht zu einem Verstoß gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz führt."

Die Umsetzung beschränkt sich auf die Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, Markterkundungen zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Unternehmen über seine Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchzuführen. Hintergrund ist der Umstand, dass in wichtigen Bereichen öffentlicher Beschaffungen im Vorfeld von konkreten Beschaffungen durchaus intensive Kontakte zum Markt gepflegt werden, die eine Reihe rechtlicher Fragen aufwerfen.

Zunächst ist zu klären, was unter Markterkundungen im Sinne des deutschen Rechts zu verstehen ist. Neben der Befragung von Marktteilnehmern auf Auftragnehmer- wie Auftraggeberseite gehört dazu deren Unterrichtung über Auftragsvergabepläne und -anforderungen jeweils durch öffentliche Auftraggeber. Es geht also nicht nur um einseitige Erkundungen im eigentlichen Sinne, sondern auch um den gegenseitigen Austausch von Plänen und Erwartungen sowie von Anforderungen in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht bis hin zu Marktentwicklungen und -gestaltungen. Diese Aktivitäten erfolgen auf Messen, in Workshops, bei Produktdemonstrationen, im Rahmen von Probe- und Testläufen sowie beim fachlichen Austausch in sonstiger Form, sei es auf Initiative des öffentlichen Auftraggebers oder eines Marktteilnehmers in Person eines möglichen Lieferanten. Die Zielsetzungen einer so verstandenen Markterkundung ähneln den Zwecken des wettbewerblichen Dialogs nach § 119 Abs. 6 GWB („… mit dem Ziel der Ermittlung und Festlegung der Mittel, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können …") und der Innovationspartnerschaft gem. § 119 Abs. 7 GWB („… Verfahren zur Entwicklung innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer …leistungen …"). Auf der Basis der Richtlinie sind Markterkundungen also alle Kontakte zwischen Marktteilnehmern auf Auftraggeberseite sowie auf Seiten potenzieller Auftragnehmer/Lieferanten, also zwischen Einkauf einerseits und Vertrieb andererseits.

Insofern steht der öffentlichen Auftraggeber dem privaten gleich. Seine Bindung an vergaberechtliche Bestimmungen zum Ablauf des Verfahrens beginnt erst mit dem Beginn des Vergabeverfahrens. Bis dahin greift auch der vergaberechtliche Rechtschutz nicht und Marktteilnehmer haben keine subjektiven Rechte auf Beteiligung bzw. Berücksichtigung bei bzw. an Markterkundungen. Sie unterliegen auch keiner Rügepflicht. Ihre Rechtsposition erschöpft sich den engen cic-Regeln des Zivilrechts.

Deshalb kommt der Frage nach dem Beginn des Vergabeverfahrens eine wichtige Bedeutung zu. Wann schlägt die Vorbereitungsphase einer Beschaffung durch Markterkundung um in die Eingangsphase des Beschaffungsverfahrens? Eine Regelung enthält das Gesetz dazu nicht, wenn man einmal von der Übergangsvorschrift § 186 Abs. 2 GWB absieht, die sich auf den Beginn des Vergabeverfahrens bezieht. Üblicherweise wird der Beginn eines Vergabeverfahrens von einem konkreten Beschaffungsentschluss und seiner entsprechenden nach außen erkennbaren Umsetzung des Auftraggebers durch Eröffnung des Wettbewerbs abhängig gemacht.[1] Entscheidend soll für die Umsetzung

1 Z.B. Fandrey, in: Kulartz/Kus/Portz/Priess, Kommentar zum GWB Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 186 Rdnr. 3.

der Empfängerhorizont der Wirtschaftsteilnehmer sein.[2] Dies ist regelmäßig die Bekanntmachung oder die Übersendung der Vergabeunterlagen oder ein ähnlicher so zu verstehender Akt.[3] Wenngleich es als wünschenswert angesehen wird, den Beginn eines Vergabeverfahrens nach einem klaren, festen Zeitpunkt zu bestimmen,[4] zeigt bspw. die Entscheidung des OLG Celle aus dem Jahre 2014,[5] dass gerade bei komplexeren Beschaffungen an die Stelle eines klaren Zeitpunkts ein schleichender Prozess treten kann und dass der Empfängerhorizont nicht immer eindeutige Ergebnisse liefert. Für die Markterkundungsmaßnahmen folgt daraus das Risiko des Missverständnisses für Auftraggeber und Bieter gleichermaßen. Wann ist der Beschaffungswille hinreichend konkret und welche Erklärung oder Maßnahme mit Außenwirkung kann oder muss als hinreichend konkrete Beschaffungsinitiative verstanden werden? Dies kann im Einzelfall schwer zu entscheiden sein, wie auch weitere Entscheidungen zeigen.[6] Jedenfalls endet mit einer solchen Tatsachenlage die Freiheit des öffentlichen Auftraggebers automatisch. Lieferinteressenten unterliegen ab sofort der Rügepflicht und können ggf. auf das Rechtsmittel des Nachprüfungsverfahrens zurückgreifen.

Von diesem Verfahrensstadium an unterfallen auch vorgelagerte Markterkundungen der Überprüfung, wenn und soweit sie zu einem Verstoß gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz im Verfahren führen, sich also auf das Vergabeverfahren auswirken. Das kann bei der Auswahl der am nicht offenen Verfahren zu beteiligenden Bieter der Fall sein, aber auch bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes oder der Eignungs- und Zuschlagskriterien. Diese Situation ähnelt der der Einschaltung eines Projektanten. Auch dieser wird im Vor-Verfahren tätig und erwirbt dadurch Vorteile, die seiner Beteiligung auf Bieterseite entgegenstehen, sofern und soweit der Auftraggeber nicht geeignete Maßnahmen zur Kompensation einer möglichen Wettbewerbsverzerrung ergreift (Art. 41 RiLi 2014/24/EU und § 7 VgV).

Dieser Mechanismus zwingt den öffentlichen Auftraggeber dazu, bei Maßnahmen zur Markterkundung im Vorfeld einer Vergabe bereits die Wettbewerbssituation im späteren Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Wenn die Freiheit im Vorfeld einer Vergabe sich auch bei der Bestimmung des Leistungsgegenstandes und den Eignungs- und Zuschlagskriterien im Verfahren fortsetzt, führen wettbewerbliche Fehler bei der Markterkundung leichter zu Vergabeverfahrensfehlern als ohne diese. Wenn der öffentliche Auftraggeber sich für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb auf § 14 Abs. 4 VgV (… Auftrag kann nur von einem Unternehmen erbracht werden …) stützt, bedarf es nach überwiegender Meinung zwar für den Nachweis dieses objektiven Kriteriums nicht einer vorangegangenen Markterkundung. Wenn aber eine solche stattfindet, muss sie diskriminierungsfrei sein und darf sich nicht diskriminierend auf die Wahl des Verfahrens auswirken. Und wenn der öffentliche Auftraggeber seinen Freiraum im Vorfeld des Vergabeverfahrens ausnutzt, die Innovationspartnerschaft nach § 19 VgV quasi vorwegzunehmen, so ist das nicht per se verboten, wohl aber wenn dadurch die Teilnahmemöglichkeit eines Interessenten ohne sachlichen Grund eingeschränkt wird.

Eine sachlich-überzeugende Begründung für eine bestimmte Definition des Leistungsgegenstandes, die ein Interessent nicht erfüllen kann, oder für die Wahl der Direktvergabe nach § 14 Abs. 4 VgV zulasten weiterer Interessenten setzt sich im Vergabenachprüfungsverfahren stets durch. Die Praxis zeigt allerdings, dass es oft schwierig ist, eine solche Begründung zu finden und überzeugend zu dokumentieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Verfahrensentscheidung des öffentlichen Auftraggebers auf Wertungen beruht oder auf Prognosen und Annahmen. In diesen Fällen hilft eine nachvollziehbar neutrale Markterkundung ebenso wie eine angreifbare Markterkundung schadet.

2 OLG Celle, NZBau 2014, 780 unter Bezugnahme auf OLG München, NZBau 2012, 658.
3 OLG Naumburg „Ersatzneubau Fußballstadion“, VergabeR 2010, 219.
4 OLG Naumburg „Ersatzneubau Fußballstadion“, VergabeR 2010, 219.
5 OLG Celle, NZBau 2012, 658.
6 OLG Düsseldorf „Drohnen“, VergabeR 2017, 618; OLG Brandenburg „Wohnungsverwaltung“, VergabeR 2017, 609; OLG Naumburg „Abwasserbeseitigung“, VergabeR 2017, 627; BGH, NZBau 2005, 290 und EuGH, NZBau 2005, 111; außerdem Wieddekind, in: Willenbruch/Wieddekind, Kompaktkommentar Vergaberecht, 4. Aufl. 2017, § 186 GWB Rdnr. 1 m.w.N.

Im Ergebnis ist also festzustellen, dass die „neue" Markterkundung in §§ 28 VgV und 20 UVgO auf der Basis von Art. 40 RiLi 2014/25/EU deutlich weiter geht als das bisherige auf §§ 2 Abs. 4 VOL/A und VOB/A beruhende Verständnis. Sie entspricht sehr viel mehr den haushaltsrechtlichen Verpflichtungen aus § 6 Abs. 2 BHO („Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen") und vor allem der Praxis in Branchen mit starker technischer Innovation und engen Marktverhältnissen wie z.B. der IT – Branche, der Branche medizinischer Geräte u.ä. Von diesen Möglichkeiten intensiv und ohne Scheu Gebrauch zu machen, ist allen öffentlichen Auftraggebern zu raten. Sie dürfen dabei aber die Wettbewerbssituation und deren Auswirkungen auf die Gebote der Transparenz und Nichtdiskriminierung im Vergabeverfahren nicht aus dem Blick lassen. Dieses beginnt häufig früher als mancher öffentliche Auftraggeber meinen wird, nämlich schon mit einem konkreten Beschaffungsbeschluss. Wenn es auch nicht rechtlich vorgeschrieben ist, diesen zu dokumentieren, so würde das für Klarheit sorgen. Dieses gilt gleichermaßen für den Ablauf der Markterkundungen, denn mit einer guten Dokumentation lässt sich die Ordnungsmäßigkeit der später gewählten vergaberechtlichen Maßnahme besser belegen als ohne. Jedenfalls sollte der öffentliche Auftraggeber von der dem § 7 VgV (Interessenkollision und Projektantenproblematik) erwähnten Möglichkeit Gebrauch machen, ev. Wettbewerbsverzerrungen durch geeignete Maßnahmen auszugleichen.

Zur Rügeobliegenheit bei de-facto-Vergaben

von Rechtsanwalt Dr. Florian Wolf und Rechtsanwalt Dr. Christopher Wolters, Berlin*

Jeder, der ein Interesse an einem öffentlichen Auftrag hat und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder ein Schaden zu entstehen droht, kann im Grundsatz eine Nachprüfung des Vergabeverfahrens vor den Vergabekammern und -senaten erwirken. Dieser Rechtsschutz ist aber nur dann zulässig, wenn der Bieter dem Auftraggeber im Vorfeld die Möglichkeit gegeben hat, den behaupteten Vergaberechtsverstoß aufzuklären und zu beheben.[1] Grundsätzlich muss ein Bieter daher gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB einen Verstoß gegen das Vergaberecht gegenüber dem Auftraggeber rügen. Kommt ein Bieter seiner Rügeobliegenheit nicht nach, so ist er grundsätzlich im Nachprüfungsverfahren mit seinem Vorbringen präkludiert.

Eine Ausnahme von der Rügepräklusion besteht dann, wenn ein Auftrag rechtswidrig ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens bzw. ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vergeben wird (sog. de-facto-Vergabe). Will ein am Auftrag interessiertes Unternehmen feststellen lassen, dass ein bereits geschlossener Vertrag wegen einer solchen de-facto-Vergabe i.S.d. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam ist, so ist das gem. § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB ohne vorherige Rüge zulässig (dazu unter I.). Das gilt auch dann, wenn der Interessent bereits vor Vertragsschluss Kenntnis von der rechtswidrigen de-facto-Vergabe erlangt hat (dazu unter II.). Gesetzlich ungeregelt ist indes der Fall, dass der Interessent bereits vor Vertragsschluss von der de-facto-Vergabe erfährt und einen präventiven Antrag stellt, die drohende Zuschlagserteilung zu untersagen. Auch in diesem Fall besteht nach Auffassung der Verfasser unter analoger Anwendung des § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB keine Rügeobliegenheit (dazu unter III.). Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn der Auftraggeber die Absicht, einen Auftrag direkt zu vergeben, zuvor durch eine freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung gem. § 135 Abs. 3 GWB im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht hat: Verhält sich der Auftraggeber in dieser Form transparent, kann dem Interessenten auch bei einer Direktvergabe eine Rüge innerhalb der Stillhaltefrist des § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB zugemutet werden (dazu unter IV.).

I. Wegfall der Rügeobliegenheit bei Kenntnis nach Vertragsschluss

Gem. § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB kann ein Interessent, der von einer rechtswidrigen Auftragser-

* BLOMSTEIN Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB.

1 BT-Drucks. 13/9340 vom 03.12.1997, S. 17.

teilung gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfährt, die Unwirksamkeit des bereits geschlossenen Vertrages sofort im Wege eines Nachprüfungsantrags feststellen lassen. Eine Pflicht, diesen Vergaberechtsverstoß zunächst gegenüber dem Auftraggeber zu rügen, besteht nicht. Nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB liegt eine de-facto-Vergabe vor, wenn der Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vergeben wird, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist. Umfasst sind unter anderem Fälle, in denen der Auftraggeber eine rein nationale Vergabe unter mehreren Bietern[2] oder ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb[3] mit nur einem Unternehmen durchführt, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen.

Die Ausnahmeregelung in § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB ist ursprünglich mit Wirkung vom 24.04.2009 durch § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB a.F. in das GWB eingeführt worden. Dabei hat der Gesetzgeber die bis zu diesem Zeitpunkt ergangene Rechtsprechung kodifiziert, die bereits zuvor eine Ausnahme von der Rügeobliegenheit bei de-facto-Vergaben angenommen hatte.[4] Der hinter dem heutigen § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB stehende Gedanke der Rechtsprechung war, dass die – im schlechtesten Fall zur Präklusion führende – Rügeobliegenheit einem Unternehmen nur dann auferlegt werden dürfe, wenn eine solche Obliegenheit unter Gesichtspunkten von Treu und Glauben, § 242 BGB, gerechtfertigt sei. Denn Grundlage jeder Rügeobliegenheit sei die Pflicht von Auftraggebern und Unternehmen, die gegenseitigen Rechtsgüter und Interessen zu wahren, die aus einer durch das Vergabeverfahren begründeten schuldrechtlichen Sonderbeziehung (*„culpa in contrahendo"*) der Beteiligten folgten. Werde kein zugelassenes Vergabeverfahren durchgeführt, fehle es bereits an einer solchen vorvertraglichen Rechtsbeziehung, auf der eine Rügeobliegenheit beruhen könnte. Die Annahme einer sich lediglich einseitig zu Lasten des Antragstellers auswirkenden Obliegenheit sei dann mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren.[5]

Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB auch heute noch zu verstehen und auf die weiteren, nachfolgend diskutierten Fälle anzuwenden.

II. Wegfall der Rügeobliegenheit bei Kenntniserlangung vor Vertragsschluss

1. Grundsatz

Wird nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB die Feststellung der Unwirksamkeit des Vertragsschlusses begehrt, so entfällt die Rügeobliegenheit auch dann, wenn der Interessent bereits vor Vertragsschluss von der beabsichtigten de-facto-Vergabe Kenntnis erlangt hat, er deren Rechtswidrigkeit aber erst nach Vertragsschluss in einem Nachprüfungsverfahren geltend macht.[6] Denn nach seinem Wortlaut setzt § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB lediglich einen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB voraus. § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB differenziert aber nicht hinsichtlich des Zeitpunktes, an dem der Antragsteller von der de-facto-Vergabe Kenntnis erlangt hat. Die Rügeobliegenheit entfällt damit grundsätzlich auch dann, wenn der Antragsteller bereits vor Vertragsschluss Kenntnis von einer bevorstehenden de-facto-Vergabe hatte und erst nach Vertragsschluss einen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags stellt.[7]

Dieses Verständnis ist auch im Einklang mit dem bereits dargestellten Sinn und Zweck des § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB: Gibt der Auftraggeber potentiellen Bietern nicht die Möglichkeit, sich um den öffentlichen Auftrag zu bewerben, so wäre es mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vereinbar, diesen im Gegenzug einseitig eine Rügeobliegenheit zuzumuten. In Anbetracht einer solch schweren Verletzung des Transparenzgebotes kön-

2 OLG Naumburg, Beschl. v. 17.03.2017 – 7 Verg 8/16; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.01.2014 – 1 Verg 3/13.

3 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.07.2017 – VII-Verg 13/17; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2016 – VII-Verg 46/15.

4 OLG Dresden, Beschl. v. 12.10.2010 – WVerg 9/10; Dicks, in: Ziekow/Völlink, GWB § 107 Rdnr. 59.

5 OLG Brandenburg, Beschl. v. 22.04.2010 – Verg W 5/10; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.02.2008 – VII-Verg 37/07, NZBau 2008, 271; OLG Celle, Beschl. v. 29.10.2009 – 13 Verg 8/09, NZBau 2010, 194; BayOLG, Beschl. v. 22.01.2002 – Verg 18/01; Braun, in: Ziekow/Völlink, GWB-Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 101b GWB Rdnr. 92.

6 Vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, NZBau 2014, 378; a.A. Gabriel/Mertens, in: BeckOK Vergaberecht, 4. Edition, § 160 GWB Rdnr. 209.

7 Dahingehend auch Maimann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, 4. Aufl. 2016, § 135 Rdnr. 35.

nen Mitwirkungspflichten zulasten des Interessenten nicht durch einfache Kenntnis des Verstoßes begründet bzw. wiederhergestellt werden.

Teilweise wird darauf hingewiesen, dass der Grund für die gesetzliche Ausnahme in § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB sei, dass nach einer Zuschlagserteilung eine Rüge zwecklos sei.[8] Denn ein durch Zuschlag wirksam geschlossener Vertrag könne vom Auftraggeber nicht mehr aufgehoben werden. Wäre dieser Gedanke der einzige Regelungsgedanke hinter § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB, würde dies dafür sprechen, eine Rügeobliegenheit des Interessenten anzunehmen, der schon vor Vertragsschluss Kenntnis von der geplanten rechtswidrigen de-facto-Vergabe hatte, da der öffentliche Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt den Vergaberechtsverstoß noch hätte beheben können.[9] Dagegen spricht aber, dass der hinter dem gesetzlichen Ausnahmetatbestand stehende Sinn und Zweck in erster Linie ist, einem Interessenten keine einseitige Rügeobliegenheit aufzuerlegen, wenn der öffentliche Auftraggeber durch das Unterlassen einer Auftragsbekanntmachung absichtlich keinen vorvertraglichen Vertrauenstatbestand schafft. Zudem ist die Aussage auch nicht zwingend, eine Rüge nach Zuschlagserteilung sei grundsätzlich zwecklos, da ein Auftraggeber den Vertrag zu diesem Zeitpunkt nicht mehr aufheben könne.[10] Erkennt ein Auftraggeber nämlich aufgrund einer Rüge, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der EU rechtswidrig war, kann der Auftraggeber auch nach Vertragsschluss versuchen, mit dem Auftragnehmer eine einvernehmliche Einigung über den Umgang mit dem lediglich schwebend wirksamen Vertrag zu finden. Der Gedanke der angeblich zwecklosen Rüge spricht daher nicht dagegen, eine Rügeobliegenheit auch dann gem. § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB abzulehnen, wenn der Interessent bereits vor Vertragsschluss Kenntnis von der beabsichtigten de-facto-Vergabe hatte.

2. Rückausnahme

Zu diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung allerdings eine Ausnahme entwickelt. Die Rügeobliegenheit kann dann nicht mangels eines Vertrauenstatbestands entfallen, wenn der Interessent an dem Vergabeverfahren, das rechtswidrig ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der EU durchgeführt wurde, selbst beteiligt war.[11] In einem solchen Fall, in dem der Bieter durch seine Teilnahme am Verfahren fortlaufend über die Verfahrensgestaltung informiert war, läuft das Verfahren gerade nicht an ihm vorbei. In diesem Fall treffen die Erwägungen, die zu einer Ausnahme von der Rügeobliegenheit in § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB geführt haben, nicht zu.[12] Ist ein Interessent also z.B. an einem unzulässigen Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb als Bieter beteiligt, obwohl er Kenntnis hat, dass die Voraussetzungen für diese Verfahrensart nicht vorliegen, so besteht für ihn eine Rügeobliegenheit.

Diese Rückausnahme muss allerdings zurückhaltend angewendet werden. Ein Unternehmen kann nicht schon dann als am Verfahren beteiligt angesehen werden, wenn der öffentliche Auftraggeber – oder gar bloß ein anderes Unternehmen – ihm lediglich die Entscheidung mitteilt, dass ein Verfahren unter Nichtbeteiligung des Unternehmens durchgeführt wird.[13] Erforderlich ist vielmehr, dass das Unternehmen an dem angegriffenen Vergabeverfahren in der Aussicht auf eine spätere Zuschlagserteilung selbst teilgenommen hat. Nur bei einer solchen Teilnahme ist es wertungsgerecht, wenn ein das Verfahren später angreifender Bieter auf seine Rügeobliegenheit verwiesen wird.

III. Wegfall der Rügeobliegenheit bei Antrag auf Untersagung des Vertragsschlusses

1. Antrag auf Untersagung des Vertragsschlusses zulässig

Das Vergaberecht trifft für den Fall, dass ein Interessent einen im Wege der de-facto-Vergabe drohenden Vertragsschluss verhindern will, keine ausdrückliche Regelung zur Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags. Der vergaberechtli-

8 Summa, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 160 GWB Rdnr. 184 ff.
9 So Summa, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 160 GWB Rdnr. 184 ff.
10 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 06.02.2007 – 17 Verg 7/06.
11 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.01.2012 – VII-Verg 67/11; OLG Brandenburg, Beschl. v. 10.02.2004 – Verg W 8/03, NZBau 2004, 576.
12 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.01.2012 – VII-Verg 67/11; OLG Rostock, Beschl. v. 20.11.2013 – 17 Verg 7/13.
13 A.A. VK Bund, Beschl. v. 15.05.2017 – VK 1-41/17 (unveröffentlicht).

che Primärrechtsschutz der §§ 155 ff. GWB setzt nämlich grundsätzlich voraus, dass der Bieter die Einhaltung bestimmter Rechte in einem konkreten, bereits bestehenden und noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren erwirken will.[14] Rechtsverletzungen, die in einem erst künftig einzuleitenden Verfahren drohen, können dagegen grundsätzlich nicht vorbeugend geltend gemacht werden.[15]

Um übergangene Interessenten vor rechtswidrigen de-facto-Vergaben zu schützen und ihnen effektiven Rechtsschutz zu gewähren, ist aber inzwischen in der Rechtsprechung als Ausnahme von diesem Grundsatz weitestgehend anerkannt, dass bereits die rechtswirksame Entscheidung zu einer de-facto-Vergabe im Nachprüfungsverfahren angegriffen werden kann.[16] Voraussetzung hierfür ist, dass das Vergabeverfahren in materieller Hinsicht bereits eingeleitet ist, mithin der Auftraggeber über den internen Beschaffungsbeschluss hinaus eine erste externe Umsetzung des Beschaffungsbeschlusses vornimmt.[17] Das ist interessengerecht, da die bereits rechtswirksam getroffene Entscheidung und ihre beginnende Umsetzung mit der Einleitung eines formellen Vergabeverfahrens vergleichbar ist.[18] Durch die Entscheidung zur de-facto-Vergabe hat der Auftraggeber seine Beschaffungsabsicht so weit konkretisiert, dass die Rechte des Interessenten verletzt werden. Denn er wird um seine Chance auf Beteiligung an der Vergabe des Auftrags gebracht.[19] Es ist daher rechtsstaatlich geboten, ihm die frühestmögliche Durchsetzung seiner Interessen zu ermöglichen. Das kann aber nur dadurch gewährleistet werden, dass der Interessent im Nachprüfungsverfahren gem. §§ 155 ff. GWB eine Untersagung des Vertragsschlusses erwirken darf.

Schließlich setzt das GWB seit der letzten Reform auch wegen des darin geschaffenen § 135 Abs. 3 GWB voraus, dass es im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens zulässig ist, die Untersagung des Vertragsschlusses zu beantragen. Denn andernfalls stünde dem Bieter im Falle der freiwilligen *ex-ante*-Transparenzbekanntmachung kein Rechtsschutz gegen eine rechtswidrige de-facto-Vergabe zur Verfügung. Die Unwirksamkeit des Vertrags kann er in solchen Fällen aufgrund der expliziten Regelung in § 135 Abs. 3 Satz 1 GWB nämlich gerade nicht feststellen lassen. Dann muss es ihm aber möglich sein, den Vertragsschluss vorab zu verhindern.

2. Keine Rügeobliegenheit vor Antrag auf Untersagung eines drohenden Vertragsschlusses

Beantragt der Interessent die Untersagung eines drohenden de-facto-Vertragsschlusses, kann § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB seinem Wortlaut nach nicht direkt herangezogen werden, um eine Entbehrlichkeit der Rüge zu begründen (dazu unter a)). Die Rügeobliegenheit entfällt dennoch, da die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB vorliegen (dazu unter b)). Die Annahme einer Rügeobliegenheit bei einem Antrag auf Untersagung eines drohenden Vertragsschlusses würde im Übrigen zu unüberwindbaren Wertungswidersprüchen führen (dazu unter c)).

a) Keine direkte Anwendbarkeit des § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB

Der in § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB normierte Grundsatz der Rügeobliegenheit wird gem. § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB durchbrochen, wenn dem Interessenten durch einen im Wege der Direktvergabe zustande gekommenen Vertrag die Möglichkeit der Beteiligung genommen wird und das Unternehmen einen Antrag auf *Feststellung der Unwirksamkeit* stellt. Nicht vom Wortlaut erfasst ist hingegen der Fall des Interessenten, der von einer drohenden de-facto-Vergabe erfährt und beantragt, den *Vertragsschluss zu untersagen*. Denn § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB sieht eine Ausnahme von der Rügeobliegenheit ausdrück-

14 OLG Celle, Beschl. v. 30.10.2014 – 13 Verg 8/14, NZBau 2014, 780.

15 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.03.2014 – VII-Verg 11/14, NZBau 2014, 524.

16 EuGH, Urt. v. 11.01.2005 – C-26/03 – Stadt Halle, ECLI:EU:C:2005:5, NZBau 2005, 111; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.11.2016 – 15 Verg 5/16 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.11.2016 – VII-Verg 23/16, NZBau 2017, 112; OLG Celle, Beschl. v. 30.10.2014 – 13 Verg 8/14, NZBau 2014, 780; OLG München, Beschl. v. 19.07.2012 – Verg 8/12; OLG Hamburg, Beschl. v. 14.12.2010 – 1 Verg 5/10, NZBau 2011, 185; VK Bund, Beschl. v. 18.02.2016 – VK 2-137/15; VK Sachsen, Beschl. v. 27.04.2015 – 1/SVK/012–15; a.A. OLG Schleswig, Beschl. v. 15.03.2013 – 1 Verg 4/12, NZBau 2013, 453; KG Berlin, Beschl. v. 13.09.2012 – Verg 4/12; VK Südbayern, Beschl. v. 22.12.2014 – Z3-3-3194-1-51-11/14.

17 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.11.2016 – VII-Verg 23/16, NZBau 2017, 112.

18 VK Westfalen, Beschl. v. 25.01.2017, VK 1-47/16.

19 OLG Naumburg, Beschl. v. 22.12.2011 – 2 Verg 10/11, NZBau 2012, 258.

lich nur für den Fall eines Antrags auf Feststellung der Unwirksamkeit vor.

b) Entbehrlichkeit der Rüge analog § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB

Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB liegen im Falle eines Antrags auf Untersagung des Vertragsschlusses vor. Der Gesetzgeber hat es nach der hier vertretenen Auffassung übersehen, den Wegfall der Rügeobliegenheit auch auf die Untersagung eines drohenden Vertragsschlusses zu erstrecken. Die Interessenlagen des Interessenten bei Untersagung des Vertragsschlusses und der nachträglichen Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags sind überdies vergleichbar. Denn bei einer de-facto-Vergabe fehlt es grundsätzlich an einer die Rügeobliegenheit des Interessenten begründenden vorvertraglichen Vertrauensbeziehung zum Auftraggeber.

aa) Planwidrige Regelungslücke

Der Fall eines Antrags auf Untersagung des Vertragsschlusses ist vom Gesetzgeber in § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB unbeabsichtigt unberücksichtigt gelassen worden, sodass eine planwidrige Regelungslücke besteht. Die Entbehrlichkeit der Rüge bei einer de-facto-Vergabe wurde erstmalig im Jahr 2009 in §§ 107 Abs. 3 Satz 2, 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. (§§ 160 Abs. 3 Satz 2, 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F.) normiert.[20] Der Gesetzgeber sah es ausweislich der Gesetzesbegründung zur Reform von 2009 als nicht sachgerecht an, Unternehmen im Falle einer de-facto-Vergabe eine Rügeobliegenheit aufzuerlegen. Da allerdings zum Zeitpunkt der Einführung des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB a.F. noch weitgehend vertreten wurde, dass ein vorbeugender Antrag auf Untersagung der Direktvergabe nicht statthaft sei, wurde die Frage der Rügeobliegenheit bei einem solchen Antrag nicht geregelt. In der deutschen Rechtsprechung setzte sich die Notwendigkeit, bei de-facto-Vergaben einen präventiven Rechtsschutz zuzulassen, erst in den Folgejahren durch. Es bestand daher zum Zeitpunkt der Einführung des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB noch überhaupt keine zwingende Veranlassung, diesen Sachverhalt einer gesetzlichen Regelung zuzuführen. Das hat sich jedoch inzwischen geändert. Denn die Statthaftigkeit des Antrags auf Untersagung eines drohenden de-facto-Vertragsschlusses ist mittlerweile überwiegend anerkannt[21] und spätestens seit der Schaffung von § 135 Abs. 3 GWB[22] auch vom Gesetzgeber vorausgesetzt. Bis zur Einführung des § 135 Abs. 3 GWB war es zwar möglich, nicht aber zwingend erforderlich, einen Nachprüfungsantrag vor Vertragsschluss zu stellen müssen. Mit der Einführung des § 135 Abs. 3 GWB wurde erstmals die Situation geschaffen, dass Bieter zur Vermeidung eines Rechtsverlusts zwingend vor Vertragsschluss einen Nachprüfungsantrag stellen. Das sich hieraus ergebende Bedürfnis nach einer Regelung der Entbehrlichkeit einer Rüge auch in solchen Fällen hat der Gesetzgeber übersehen. Es ist daher planwidrig, dass der Wegfall der Rügeobliegenheit bei einem Antrag auf Untersagung des drohenden Vertragsschlusses nicht ausdrücklich geregelt ist.

Der Gesetzgeber hat die Frage, ob bei einem Antrag auf Untersagung des Vertragsschlusses eine Rüge erforderlich ist, auch nicht durch die Änderung des Wortlauts von § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F. hin zu § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB n.F. geregelt. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F. sah noch vor, dass der Bieter einen Verstoß gegen Vergabevorschriften „im Vergabeverfahren“ erkennen und rügen musste. Daraus wurde unter Geltung des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB das zutreffende Argument hergeleitet, dass eine Rügeobliegenheit bei de-facto-Vergaben mangels Durchführung eines Vergabeverfahrens ausgeschlossen sei.[23] Denn wo kein Vergabeverfahren stattfand, da konnte auch kein Verstoß „im Vergabeverfahren“ gerügt werden. Durch die Vergaberechtsnovelle 2016 wurde § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F. neugefasst: § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB setzt seinem Wortlaut nach nicht mehr voraus, dass der Bieter einen Verstoß gegen Vergabevorschriften „im Vergabeverfahren“ erkennt. Zu rügen ist nunmehr jeder „Verstoß gegen Vergabevorschriften“. Der Gesetzeswortlaut verlangt damit nicht mehr ausdrücklich, dass der zu rügende Verstoß in einem Vergabeverfahren stattgefunden haben muss. Dieser Änderung lässt sich allerdings nicht der Wille des Gesetzgebers entnehmen, die Rügeobliegenheit auf Verstöße außerhalb eines Vergabeverfahrens erweitern zu wollen, das heißt auf die Entscheidung des Auftraggebers, kein europaweites Verfahren durch-

20 BT-Drucks. 16/10117 vom 13.08.2008, S. 22.
21 Siehe dazu bereits unter III.1.
22 Siehe dazu bereits unter III.1.
23 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.06.2001 – Verg 3/01, NZBau 2001, 696.

zuführen.[24] Anlass der Neufassung war ausweislich der Gesetzesbegründung nämlich nicht der Wille, von der bisherigen Rechtslage abzuweichen, nach der ein zu rügender Vergaberechtsverstoß ein Vergabeverfahren voraussetzte. Das belegt die Gesetzesbegründung ausdrücklich, nach der ausschließlich die 10-Tage-Frist eingeführt wurde, der Regelungsinhalt der Vorschrift ansonsten aber unangetastet bleiben sollte: „Im Grundsatz bleibt die Rügeobliegenheit im Vergabeverfahren gemäß § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 zwar bestehen, konkretisiert wird allerdings mit einer Dauer von 10 Kalendertagen die Frist, innerhalb derer der Antragsteller nach Erkennen den im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstoß im Vergabeverfahren gerügt haben musste".[25] Die Gesetzesbegründung verdeutlich also, dass die Rügeobliegenheit auch weiterhin nur „im Vergabeverfahren" bestehen soll. Es bleibt dementsprechend bei der Formulierung in der Gesetzesbegründung zur Novelle von 2009: „Bei den sog. De-facto-Vergaben des § 101b Abs. 1 Nr. 2 ist es nicht sachgerecht, den Unternehmen eine Rügeverpflichtung aufzuerlegen. In diesen Fällen kann sofort ein Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt werden."[26]

Es lässt sich also weder der Gesetzgebungshistorie noch der ihr zugrundeliegenden Rechtsprechung entnehmen, dass der Gesetzgeber den Fall des Antrags auf Untersagung des Vertragsschlusses erkannt und bewusst auf eine Aufnahme dieses Falls in § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB verzichtet hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber diese Fallgestaltung deswegen nicht bewusst war, weil zum Zeitpunkt der Normierung des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB n.F. ein solcher präventiver Nachprüfungsantrag noch weitgehend für unzulässig gehalten wurde. Ein solcher war auch bereits deshalb häufig entbehrlich, weil die heute in § 135 Abs. 3 GWB geregelte freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung noch nicht existierte. Dementsprechend konnten Konkurrenten weit überwiegend (auch erst) nach dem Vertragsschluss gegen eine rechtswidrige de-facto-Vergabe vorgehen. Damit liegt eine planwidrige Regelungslücke hinsichtlich der Frage der Rügeobliegenheit bei einem Nachprüfungsantrag gegen eine de-facto-Vergabe vor, der noch vor Vertragsschluss erhoben wird.

bb) Vergleichbare Interessenlage

Die Interessenlage der Beteiligten bei einem Antrag auf Untersagung des Vertragsschlusses entspricht der Interessenlage bei dem in § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB ausdrücklich geregelten Fall einer nachträglichen Feststellung der Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags.

Wie unter Ziffer I. dargestellt, steht hinter dem heutigen § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB der Gedanke, dass ohne vorvertragliches Schuldverhältnis, das bei einer rechtswidrigen de-facto-Vergabe nicht entsteht, dem Interessenten nicht einseitig eine Rügeobliegenheit auferlegt werden darf. Eine solche Obliegenheit ist unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht gerechtfertigt. Dieser Gedanke gilt aber unabhängig davon, ob ein Interessent einen nachträglichen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit oder einen präventiven Antrag auf Untersagung des Vertragsschlusses stellt.[27] In beiden Fällen entscheidet der Auftraggeber, durch die Nichtveröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU kein vorvertragliches Schuldverhältnis entstehen zu lassen. Eine einseitige Obliegenheit zulasten des Interessenten ist daher in beiden Situationen mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren. Die Interessenlage ist in beiden Fällen vergleichbar.

Für die Annahme einer Rügeobliegenheit spricht auch nicht Sinn und Zweck des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Sinn und Zweck des Rügeerfordernisses ist es zwar, unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden. Erkennt der Bieter, dass ein Fehler im Vergabeverfahren vorliegt, so muss er dem Auftraggeber grundsätzlich die Möglichkeit geben, diesen Fehler zu korrigieren.[28] Daraus folgt aber nicht, dass bei de-facto-Vergabe eine Rügeobliegenheit bestehen muss, weil es dem Interessenten mit Kenntnis des Vergabe möglich und zumutbar wäre, durch die Rüge auf eine Behebung des Verstoßes hinzuwirken. Denn der Auftraggeber erwirbt erst durch die Einleitung des Vergabeverfahrens berechtigtes Vertrauen in die Einhaltung der Rügeobliegenheit durch den Interessenten.[29] Verhält sich der Auftraggeber selbst treuwidrig, indem er sich mit der de-

24 A.A. VK Bund, Beschl. v. 15.05.2017 – VK 1-41/17 (unveröffentlicht).
25 BT-Drucks. 18/6281 vom 08.10.2015, S. 134.
26 BT-Drucks. 16/10117 vom 13.08.2008, S. 22.
27 Hofmann, in: Müller-Wrede, § 160 GWB Rdnr. 83.
28 BT-Drucks. 13/9340 vom 03.12.1997, S. 17; OLG Rostock, Beschl. v. 20.10.2010 – 17 Verg 5/10.
29 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.07.2006 – VII-Verg 26/06.

facto-Vergabe außerhalb des Vergaberechts begibt, kann er sich nach § 242 BGB („*venire contra factum proprium*") nicht auf die Einhaltung der Rügeobliegenheit seitens des Interessenten berufen.[30] Diese rechtliche Wertung der Interessenverteilung bleibt bestehen, unabhängig davon, ob der Interessent die Untersagung oder die nachträgliche Feststellung der Unwirksamkeit des Vertragsschlusses begehrt.

Daher besteht eine vergleichbare Interessenlage zwischen dem in § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB geregelten Fall eines Antrags auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrags und dem nicht geregelten Fall eines Antrags auf Untersagung des Vertragsschlusses.

Im Ergebnis ist § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB analog auf einen Antrag auf Untersagung eines drohenden Vertragsschlusses anwendbar, der rechtswidrig ohne vorherige Bekanntmachung des Auftrags im Amtsblatt der EU vorgenommen wird.[31]

cc) Auflösung sonst bestehender Wertungswidersprüche

Für dieses Ergebnis sprechen auch andernfalls bestehende Wertungswidersprüche. Denn in der Praxis führt nur die Ablehnung einer Rügeobliegenheit bei drohender de-facto-Vergabe zu einem systemgerechten Rechtsschutz.

(1) Gefahr verzögerter Nachprüfungsverfahren

Bestünde vor einem Antrag auf Untersagung einer drohenden de-facto-Vergabe eine Rügeobliegenheit, bei einem nachträglichen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit jedoch nicht, würde der Interessent, der frühzeitig gesicherte Kenntnis vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses hat, diesen stets abwarten und erst anschließend einen Nachprüfungsantrag stellen. So könnte er die Gefahr der Rügepräklusion, die gem. § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB bereits zehn Tage nach seiner eigentlichen Kenntniserlangung von der de-facto-Vergabe droht, umgehen. Findet die de-facto-Vergabe schließlich statt, muss der Unternehmer deren Unwirksamkeit gem. § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht rügen.

Eine Rügeobliegenheit im Falle eines Antrags auf Untersagung einer drohenden de-facto-Vergabe würde also häufig zu einer Verfahrensverzögerung führen. Das stünde aber im Widerspruch zum eigentlichen Zweck der Rügeobliegenheit, eine Verfahrensverzögerung zu verhindern.

(2) Faktische Notwendigkeit einer Rügeobliegenheit bei de-facto-Vergaben

Ob und wann ein unzulässiger direkter Vertragsschluss stattfinden wird, liegt außerhalb der Einflusssphäre und zumeist auch außerhalb der Kenntnismöglichkeit des Interessenten. Häufig ist dem Interessenten unbekannt, ob zu dem Zeitpunkt, in dem er von der de-facto-Vergabe erfährt, ein Vertragsschluss bereits stattgefunden hat. Auch in dieser Fallkonstellation ist es nur interessengerecht, wenn bei einem Antrag auf Untersagung eines drohenden Vertragsschlusses analog § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB keine Rügeobliegenheit besteht. Denn ansonsten hinge ein effektiver Rechtsschutz des Interessenten vom Zufall ab: Geht er davon aus, dass eine de-facto-Vergabe bereits stattgefunden hat und stellt einen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertragsschlusses gem. §§ 160 Abs. 3 Satz 2, 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB, obwohl tatsächlich noch kein Vertrag geschlossen wurde, wäre sein Antrag unzulässig.[32] Damit ein daraufhin geänderter Antrag auf Untersagung eines drohenden Vertragsschlusses zulässig ist, hätte der Interessent innerhalb von zehn Kalendertagen nach Kenntnis von der de-facto-Vergabe rügen müssen.

Bestünde eine Rügeobliegenheit bei einem Antrag auf Untersagung des Vertragsschlusses, könnte einem Interessenten in dieser Konstellation nur geraten werden, bei einer de-facto-Vergabe grund-

30 Vgl. bereits oben Ziffer I.

31 So auch – ohne ausdrücklichen Analogieschluss – im Ergebnis: OLG Celle, Beschl. v. 29.11.2016 – 13 Verg 8/16, NZBau 2017, 239; OLG Hamburg, Beschl. v. 14.12.2010 – 1 Verg 5/10, NZBau 2011, 185; VK Münster, Beschl. v. 25.01.2017 – VK 1-47/16; zunächst auch 1. VK Bund, Beschl. v. 18.05.2016, VK 1-18/16, bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.11.2016, VII-Verg 23/16; VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 27.01.2014 – 2 VK 15/13; VK Münster, Beschl. v. 18.11.2010 – VK 8/10; VK Münster, Beschl. v. 07.10.2010 – VK 6/10; dahingehend auch VK Südbayern, Beschl. v. 15.10.2015 – Z3-3-3194-1-37-06/15; Reidt, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 160 Rdnr. 66; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 107 GWB Rdnr. 116; Hofmann, in: Müller-Wrede, § 160 GWB Rdnr. 83; Steiff, in: Heuvel/Höß/Kuß/Wagner, Vergaberecht, § 107 GWB Rdnr. 83; a.A. nunmehr 1. VK Bund, Beschl. v. 15.05.2017 – VK 1-41/17 (unveröffentlicht); 2. VK Bund, Beschl. v. 18.02.2016 – VK 2-137/15; VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 14.12.2015 – VK 1-14/15.

32 Vgl. auch den Fall bei OLG München, Beschl. v. 22.06.2011 – Verg 6/11, NZBau 2011, 701.

sätzlich zu rügen, um in jedem Fall einen effektiven Primärrechtsschutz zu gewährleisten. Das würde aber zu einer faktischen Rügeobliegenheit führen und stünde damit im Widerspruch zur gesetzgeberischen Intention bei § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB.[33]

IV. Begründung einer Rügeobliegenheit durch ex-ante-Transparenzbekanntmachung

§ 135 Abs. 3 GWB trifft eine Sonderregelung für die Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertragsschlusses gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Hält der Auftraggeber einen Vertragsschluss ohne Bekanntmachung im Amtsblatt der EU für zulässig und veröffentlicht diese Auffassung im Wege einer freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung, können Interessenten die Unwirksamkeit des geplanten Vertrags nur innerhalb von zehn Tagen nach dieser Bekanntgabe nachprüfen lassen. Stellen sie keinen Antrag innerhalb dieser Frist, ist bei einem anschließenden Vertragsschluss nur noch eingeschränkt überprüfbar, ob der Vertrag wegen einer unzulässigen de-facto-Vergabe unwirksam ist.[34]

Geht man – wie hier vertreten – davon aus, dass eine Rügeobliegenheit bei einem Antrag auf Untersagung eines Vertragsschlusses analog § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht besteht, stellt sich die Frage, ob dieses Ergebnis auch im Fall der Veröffentlichung einer ex-ante-Transparenzbekanntmachung durch den Auftraggeber wertungsgerecht ist. Es sprechen gute Argumente dafür, im Fall einer freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung ausnahmsweise eine Rügeobliegenheit des interessierten Unternehmens anzunehmen. Denn der Auftraggeber verhält sich mit der Veröffentlichung der freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung zunächst vergaberechtskonform. Die Vergabe findet nicht „an den Interessenten vorbei“ statt. Indem der Auftraggeber die Absicht der Direktvergabe im Amtsblatt der EU offenlegt, ermöglicht er den interessierten Wirtschaftsteilnehmern, in gesicherter Kenntnis vom Zeitpunkt des geplanten Vertragsschlusses und von der Begründung des Auftraggebers auf dessen Entscheidung Einfluss zu nehmen. Im Gegenzug für sein rechtmäßiges Verhalten darf der Auftraggeber dann – im Einklang mit dem Rechtsgedanken von Treu und Glauben – erwarten, dass der Interessent die behauptete Rechtswidrigkeit der Direktvergabe zunächst ihm gegenüber rügt.

Die Rüge ist vom Interessenten dann innerhalb der 10-Tage-Frist des § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB zu erheben, da erst ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der ex-ante-Transparenzbekanntmachung besteht die für die Anwendung von § 242 BGB erforderliche Vertrauensbeziehung zwischen Auftraggeber und Interessent. Das Abstellen auf einen früheren Kenntnis-Zeitpunkt würde bedeuten, dass der öffentliche Auftraggeber es in der Hand hätte, die Rügepräklusion gezielt herbeizuführen. So könnte er etwa den Interessenten über eine beabsichtigte Direktvergabe unterrichten, bevor er eine entsprechende Transparenzbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Unterließe es der Interessent im ersten Schritt, die ihm formlos mitgeteilte Absicht einer Direktvergabe zu rügen, müsste er bei Veröffentlichung der ex-ante-Transparenzbekanntmachung zwingend einen Nachprüfungsantrag stellen und wäre dann ggf. schon rügepräkludiert. Vorbehaltlich der von der Rechtsprechung anerkannten Fälle, in denen Kenntnis über den Vergabevorgang bereits vor Vertragsschluss eine Rügeobliegenheit ausnahmsweise begründet,[35] kann folglich erst die ex-ante-Transparenzbekanntmachung die Rügeobliegenheit des Interessenten in Gang setzen. Dafür spricht auch, dass es sich bei der in § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB normierten Frist um eine Mindeststillhaltefrist handelt. Sie soll eine wirksame Nachprüfung ermöglichen und dem Auftraggeber Gelegenheit geben, ein Festhalten an der de-facto-Vergabe unter Berücksichtigung der gebündelten Einwände aller Interessenten zu überprüfen.[36] Ein Interessent muss daher die Möglichkeit haben, innerhalb von zehn Kalendertagen nach der Veröffentlichung der freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung die Rechtswidrigkeit der de-facto-Vergabe zu rügen und ggf. einen Nachprüfungsantrag zu stellen.

33 Dazu bereits unter I., II.

34 Vgl. zum Prüfmaßstab: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.07.2017 – VII-Verg 13/17.

35 S.o. unter II.

36 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-355/15, ECLI:EU:C:2016:988, NZBau 2017, 171; VK Westfalen, Beschl. v. 28.02.2017 – VK 1-2/17.

V. Zusammenfassung

Für de-facto-Vergaben besteht gem. § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB eine gesetzliche Ausnahme von der Rügeobliegenheit in § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB. Demnach entfällt die Rügeobliegenheit bei einem (nachträglichen) Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertragsschlusses i.S.d. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Das gilt bei Kenntnis der de-facto-Vergabe vor und nach Vertragsschluss.

Nicht ausdrücklich geregelt ist jedoch der Fall, in dem ein Interessent einen Antrag auf Untersagung des Vertragsschlusses stellt. Dass ein solcher Antrag zulässig ist, ergibt sich bereits aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes. Auf diesen Fall kann § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht direkt angewendet werden, da dieser nach seinem eindeutigen Wortlaut nur die nachträgliche Feststellung der Unwirksamkeit erfasst. Es liegen indes die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung vor, zumal auch andernfalls Wertungswidersprüche bestünden.

Als Ausnahme zu diesem Grundsatz besteht eine Rügeobliegenheit im Falle einer ex-ante-Transparenzbekanntmachung gem. § 135 Abs. 3 GWB. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Lauf der Rügefrist ist dann der Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung.

Ungewöhnlich niedriges Angebot; Methodik der Identifizierung; veranschlagtes Budget; Nachweis der Seriosität; kontradiktatorisches Verfahren; Kostensimulation; Gleichbehandlung; Schadensersatz

VO (EG) Nr. 1049/2001 Art. 4, 7; VO (EG) Nr. 2342/2002 Art. 139, 146.

1. Mangels einer Definition des Begriffs „ungewöhnlich niedriges Angebot" oder vorgegebener Regeln zur Identifizierung eines solchen Angebots, ist es Sache des öffentlichen Auftraggebers, eine sachliche und nicht diskriminierende Methode zur Identifizierung ungewöhnlich niedriger Angebote festzulegen.

2. Es spricht nichts dagegen, dass der öffentliche Auftraggeber die Angebote mit dem veranschlagten Budget der Verdingungsunterlagen vergleicht und eines davon als auf den ersten Blick ungewöhnlich niedrig identifiziert, wenn die Höhe dieses Angebots erheblich unter dem veranschlagten Budget liegt.

3. Eine Simulation, die darin besteht, die im Angebot vorgeschlagenen Preise anhand der wirtschaftlichen Bezugsparameter im Einzelnen zu überprüfen, kann nicht den Nachweis erbringen, warum der öffentliche Auftraggeber im Vorhinein an der Seriosität dieses Angebots hätte zweifeln sollen, obwohl es seiner Höhe nach sehr nahe an dem veranschlagten Budget der Verdingungsunterlagen lag.

EuGH, Urt. v. 19.10.2017 – C-198/16 – „Agriconsulting".

Aus den Gründen: [1] Mit ihrem Rechtsmittel beantragt die Agriconsulting Europe SA (im Folgenden: Agriconsulting) die Aufhebung des Urteils des Gerichts der Europäischen Union vom 28.01.2016, Agriconsulting Europe/Kommission,[1] mit dem ihre Klage auf Verurteilung der Europäischen Union zum Ersatz des Schadens, der ihr aufgrund von Unregelmäßigkeiten der Europäischen Kommission im Rahmen der Ausschreibung „Aufbau eines Netzwerks für die Umsetzung der Europäischen Innovationspartnerschaft ‚Landwirtschaftliche Produktivität und Nachhaltigkeit'" (AGRI-2012-PEI-01) entstanden sein soll, abgewiesen wurde.

Rechtlicher Rahmen

[2] Art. 139 („Ungewöhnlich niedrige Angebote") der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2342/2002 der Kommission vom 23.12.2002 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften[2] in der durch die Verordnung (EG, Euratom) Nr. 478/2007 der Kommission vom 23.04.2007[3] geänderten Fassung (im Folgenden: Verordnung Nr. 2342/2002) sieht in Abs. 1 vor:

„Scheinen im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich die Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, die er für angezeigt hält; die anschließende kontradiktorische Prüfung dieser Einzelposten erfolgt unter Berücksichtigung der eingegangenen Begründungen. Die entsprechenden Erläuterungen können insbesondere die Einhaltung der Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen, die am Ort der Leistungserbringung gelten, betreffen.

…"

[3] Art. 146 („Ausschuss für die Bewertung der Angebote und der Teilnahmeanträge") der Verordnung Nr. 2342/2002 bestimmt in Abs. 4:

„Bei außergewöhnlich niedrigen Angeboten gemäß Artikel 139 bittet der Bewertungsausschuss um nähere Angaben zur Zusammensetzung des Angebots."

Vorgeschichte des Rechtsstreits

[4] Der dem Rechtsstreit zugrunde liegende Sachverhalt wird in den Rdnr. 1 bis 22 des angefochtenen Urteils wie folgt dargestellt:

Mit einer Bekanntmachung in der Beilage zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 07.08.2012[4] veröffentlichte die Europäische Kommission die Ausschreibung AGRI-2012-PEI-01 zum Aufbau eines Netzwerks für die Umsetzung der Europäischen Innovationspartnerschaft ‚Landwirtschaftliche Produktivität und Nachhaltigkeit' (im Folgenden: Ausschreibung).

Gemäß Punkt 1 der Verdingungsunterlagen des Auftrags (im Folgenden: Verdingungsunterlagen) musste der Auftragnehmer einen Beitrag zum Aufbau und zur Verwaltung eines Partnernetzwerks leisten, das aus Akteuren bestand

1 EuG, Urt. v. 28.01.2016 – T-570/13, Agriconsulting Europe/Kommission, im Folgenden: angefochtenes Urteil, EU:T:2016:40.
2 ABl. 2002, L 357, S. 1.
3 ABl. 2007, L 111, S. 13.
4 ABl. 2012/S 61-150-249926.

und für Akteure offen stand, die sich mit Innovation und innovativen Ansätzen im Bereich der Landwirtschaft beschäftigten, wie bspw. Landwirte, Forscher, Berater, Unternehmen, Nichtregierungsorganisationen, Verbraucher und öffentliche Stellen. Der Auftragnehmer war dafür verantwortlich, das Netzwerk aufzubauen und dessen Funktionieren zu gewährleisten, wobei das Netzwerk zum einen aus dem Personal bestehen sollte, das der Auftragnehmer für die Ausführung der in der Bekanntmachung angeführten Aufgaben abstellte, und zum anderen aus dem physischen Ort, an dem dieses Personal arbeitete und seine Dienstleistungen erbrachte (im Folgenden: Infopunkt).

Die Aufgaben des Auftragnehmers wurden in Punkt 2 der Verdingungsunterlagen definiert. Sie waren in neun Hauptaufgaben unterteilt, und zwar erstens Management des mit den Aufgaben betrauten Personals und des Infopunkts, zweitens Betreuung des Partnernetzwerks, drittens Vernetzung und Entwicklung von Kommunikationsinstrumenten, viertens Aktualisierung und Pflege einer vollständigen Datenbank, fünftens Führen einer Liste externer Fachleute, sechstens Durchführung von Koordinationstätigkeiten und Informationsaustausch, siebtens Ermittlung des Forschungsbedarfs bei den Akteuren vor Ort, achtens Erstellung des jährlichen Arbeitsprogramms und neuntens Archivierung, Inventarisierung und Sicherung von Dokumenten und Informationen. In den Verdingungsunterlagen war der Mindestpersonalbestand für die Erfüllung der Hauptaufgaben angegeben und vorgesehen, dass das mit den Aufgaben betraute Personal aus mindestens zehn ‚Vollzeitäquivalenten', davon mindestens sechs fest angestellte Personen, zu bestehen hatte.

Zudem sahen die Verdingungsunterlagen 27 zusätzliche Aufgaben vor, die auf jährliche Aufforderung der Kommission zu erfüllen waren, wobei pro Jahr mindestens drei bis maximal zehn zusätzliche Aufgaben vorgesehen waren und im ersten Jahr zumindest die Erfüllung der zusätzlichen Aufgaben 24, 26 und 27 gefordert war. Die zusätzlichen Aufgaben umfassten die Organisation von Reflexionsgruppen, d.h. Expertengruppen zur Prüfung und Erörterung insbesondere des Europäischen Innovationsplans (zusätzliche Aufgaben 1 bis 6), die Veranstaltung zusätzlicher Workshops (zusätzliche Aufgaben 7 bis 9), die Veranstaltung von Vor-Ort-Besuchstagen (zusätzliche Aufgaben 10 bis 13), die Veranstaltung zusätzlicher Seminare (zusätzliche Aufgaben 14 bis 17), die Bewertung der Arbeit der operationellen Gruppen (zusätzliche Aufgaben 18 bis 20), die Veranstaltung von Konferenzen (zusätzliche Aufgabe 21), die Organisation von Reisen und Unterbringung der Teilnehmer an den Reflexionsgruppen, Workshops und Seminaren (zusätzliche Aufgabe 22), die Erfüllung von Aufgaben in den Mitgliedstaaten (zusätzliche Aufgabe 23), die Erstellung einer Expertenliste (zusätzliche Aufgabe 24), die Schließung des Infopunkts (zusätzliche Aufgabe 25), die Schaffung des Infopunkts (zusätzliche Aufgabe 26) und die Erfassung aller Projekte zum Aufbau einer Datenbank (zusätzliche Aufgabe 27).

Nach den Bestimmungen der Verdingungsunterlagen musste der Auftragnehmer auch für eine angemessene Personalausstattung sorgen, um dem Personal neben den Hauptaufgaben auch die Erledigung der zusätzlichen Aufgaben 24 und 27 zu ermöglichen, die für das erste Jahr des Vertrags vorgesehen waren.

Gemäß Punkt 6 der Verdingungsunterlagen wurde der Vertrag für eine Dauer von zehn Monaten abgeschlossen und konnte um maximal zwölf Monate verlängert werden. Ein Gesamtbudget von maximal 2.500.000 € pro Jahr war für die gemeinsame Durchführung der Hauptaufgaben und der zusätzlichen Aufgaben vorgesehen, wobei das maximale jährliche Budget für die Hauptaufgaben 1.400.000 € und jenes für die zusätzlichen Aufgaben 1.500.000 € betrug.

Gemäß Punkt 7.5 der Verdingungsunterlagen umfasste das Vergabeverfahren erstens die Phase der Prüfung der Angebote auf der Grundlage von Ausschlusskriterien, gefolgt von der Prüfung der Angebote auf der Grundlage von Auswahlkriterien, zweitens die Phase der Bewertung der Angebote auf der Grundlage der Vergabekriterien (qualitative Bewertung und Bewertung des Preises) und drittens die Phase der Auftragsvergabe auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Die von der Kommission angewandten Ausschluss-, Auswahl- und Vergabekriterien waren in Punkt 9 der Verdingungsunterlagen aufgeführt.

Die Kommission erhielt fünf Angebote, darunter das der [Rechtsmittelführerin]. Alle Bieter erreichten nach erfolgreichem Durchlaufen der ersten Phase des Vergabeverfahrens, die in einer Prüfung ihres Angebots auf der Grundlage von Ausschluss- und Auswahlkriterien bestand, die zweite Phase des Verfahrens, die in einer Bewertung der Angebote auf der Grundlage der folgenden vier Vergabekriterien bestand:

- Vergabekriterium 1: Ansatz hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen Wissenschaft und Praxis;
- Vergabekriterium 2: Ansatz zur Ausführung der Hauptaufgaben und der zusätzlichen Aufgaben;
- Vergabekriterium 3: praktische Organisation der Aufgaben;
- Vergabekriterium 4: Vorschläge betreffend den in Brüssel (Belgien) gelegenen Infopunkt.

Im Rahmen der zweiten Phase des Verfahrens erreichten nur zwei Bieter, und zwar die [Rechtsmittelführerin] und Vlaamse Landmaatschappij (im Folgenden: VLM), die laut Verdingungsunterlagen für die Vergabekriterien geforderte Mindestpunktzahl. Diese beiden Bieter erreichten somit die Phase, in der ihre Preise bewertet wurden, die für die [Rechtsmittelführerin] 1.320.112,63 € und für VLM 2.316.124,83 € betrugen.

Aus dem Protokoll der Sitzung des Bewertungsausschusses vom 20.11.2012 geht hervor, dass die [Rechtsmittelführerin] an erster Stelle eingestuft wurde und dass der Bewertungsausschuss aufgrund von Zweifeln wegen ihres ungewöhnlich niedrigen Angebots zu dem Schluss gelangte, dass von ihr Angaben zum Preis der zusätzlichen Aufgaben anzufordern seien.

Mit Schreiben vom 22.11.2012 teilte die Kommission der [Rechtsmittelführerin] mit, der Bewertungsausschuss habe die Preise für die zusätzlichen Aufgaben als ungewöhnlich niedrig erachtet. Sie ersuchte die [Rechtsmittelführerin] um ausführliche Erläuterungen zur Berechnung der für die zusätzlichen Aufgaben 1 bis 21 und 25 angebotenen Preise und fügte hinzu, dass ihr Angebot abgelehnt werden könne, wenn die Erläuterungen nicht überzeugend seien.

Mit Schreiben vom 29.11.2012 beantwortete die [Rechtsmittelführerin] das Auskunftsersuchen der Kommission und legte allgemeine Erläuterungen und eine Auflistung der Kosten für die Ausarbeitung ihrer Preisvorschläge für die zusätzlichen Aufgaben vor.

Aus dem endgültigen Bewertungsprotokoll zum Angebot der [Rechtsmittelführerin] vom 19.12.2012 geht hervor, dass der Bewertungsausschuss ihre Erläuterungen geprüft und insbesondere Überschneidungen beim Personal für die Hauptaufgaben und jenem für die zusätzlichen Aufgaben festgestellt hatte, die den Anforderungen der Verdingungsunterlagen nicht entsprachen. Er änderte daher die Punktzahl für das Angebot der [Rechtsmittelführerin] hinsichtlich des Vergabekriteriums 3 von 11,8 Punkten auf 7 Punkte, wobei die nötige Mindestpunktzahl 7,5 Punkte von 15 betrug. Der Bewertungsausschuss schloss demnach seine Bewertung damit ab, dass er zum einen seine Einschätzung des Angebots der [Rechtsmittelführerin] als ungewöhnlich niedrig bestätigte und zum anderen feststellte, dass das Angebot der [Rechtsmittelführerin] auf der Grundlage der von ihr übermittelten neuen Informationen in Bezug auf das Vergabekriterium 3 nicht mehr die Mindestpunktzahl erreiche. Daher sprach der Ausschuss die Empfehlung aus, VLM den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben vom 25.03.2013 teilte die Kommission der [Rechtsmittelführerin] mit, dass ihr Angebot nicht ausgewählt worden sei, da es hinsichtlich des Vergabekriteriums 3 nicht die nötige Mindestpunktzahl erreicht habe und als ungewöhnlich niedrig erachtet worden sei, was die für die Ausführung bestimmter zusätzlicher Aufgaben angebotenen Preise anlange. Am selben Tag beschloss die Kommission, dem Angebot von VLM den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben vom 26.03.2013 ersuchte die [Rechtsmittelführerin] um Mitteilung des Namens der Auftragnehmerin sowie der Merkmale und Vorteile von deren Angebot. Die Kommission übermittelte ihr diese Informationen mit Schreiben vom 27.03.2013.

Mit Schreiben vom 29.03.2013 ersuchte die [Rechtsmittelführerin] die Kommission um weitere Informationen betreffend die Bewertung ihres Angebots. Die Kommission antwortete ihr darauf mit Schreiben vom 10.04.2013.

Mit Schreiben vom 12.04.2013 warf die [Rechtsmittelführerin] dem Auftraggeber die fehlende Übermittlung notwendiger Klarstellungen in Bezug auf die Bewertung des ersten und des zweiten Kriteriums, die Abänderung ihrer technischen Beurteilung nach Öffnen des finanziellen Angebots, die fehlerhafte Bewertung der Bedeutung des Teamleaders und seines Stellvertreters für die zusätzlichen Aufgaben und die Fehlerhaftigkeit der Schlussfolgerungen betreffend das Angebot von VLM vor.

Mit E-Mail an die Kommission vom selben Tag ersuchte die [Rechtsmittelführerin] diese unter Berufung auf Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission[5] um Zugang zu den Protokollen des Bewertungsausschusses und zum Angebot der Auftragnehmerin.

Mit einem ersten Schreiben vom 29.04.2013 teilte die Kommission der [Rechtsmittelführerin] mit, man werde ihr das Protokoll des Bewertungsausschusses rasch übermitteln. Mit einem zweiten Schreiben vom selben Tag beantwortete die Kommission den Antrag der [Rechtsmittelführerin] auf Dokumentenzugang und übermittelte ihr eine auszugsweise Kopie des Bewertungsprotokolls vom 20.11.2012, des endgültigen Bewertungsprotokolls ihres Angebots vom 19.12.2012 und des gesamten Bewertungsprotokolls vom 06.02.2013. Hingegen weigerte sich die Kommission unter Bezugnahme auf den Schutz der geschäftlichen Interessen des betreffenden Unternehmens gem. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich der Verordnung Nr. 1049/2001, ihr das Angebot der Auftragnehmerin zu übermitteln.

Mit E-Mail vom 13.05.2013 stellte die [Rechtsmittelführerin] nach Art. 7 der Verordnung Nr. 1049/2001 einen Zweitantrag auf Dokumentenzugang. Die Kommission bestätigte dessen Empfang mit E-Mail vom 14.05.2013 und kündigte eine Antwort innerhalb von 15 Arbeitstagen an.

Mit einem weiteren Schreiben vom 13.05.2013 widersprach die [Rechtsmittelführerin] der von der Kommis-

5 ABl. 2001, L 145, S. 43.

sion in ihrem zweiten Schreiben vom 29.04.2013 vertretenen Auffassung, die sie als nicht zufriedenstellend erachtete. Mit Schreiben vom 31.05.2013 antwortete die Kommission auch unter Verweis auf ihr Schreiben vom 29.04.2013, die [Rechtsmittelführerin] sei im Besitz der gesamten Dokumentation des Vergabeverfahrens, die als Grundlage für die Vergabeentscheidung gedient habe.

In Bezug auf den mit Schreiben vom 04.06.2013 gestellten Zweitantrag auf Dokumentenzugang teilte die Kommission der [Rechtsmittelführerin] mit, die Frist für die Beantwortung werde bis 26.06.2013 verlängert. Am 26.06.2013 teilte die Kommission der [Rechtsmittelführerin] mit, dass es ihr unmöglich sei, diesen Zweitantrag innerhalb der genannten Frist zu behandeln. Mit E-Mail vom 04.07.2013 ersuchte die [Rechtsmittelführerin] um eine Antwort auf ihren Zweitantrag auf Dokumentenzugang, woraufhin die Kommission dem Unternehmen am 09.07.2013 mitteilte, dass ihm die Antwort in einigen Tagen übermittelt werde. Mit Schreiben vom 17.07.2013 beantwortete die Kommission den Zweitantrag der [Rechtsmittelführerin] auf Dokumentenzugang und bestätigte ihre frühere Entscheidung, bestimmte im Bewertungsprotokoll enthaltene Informationen nicht offenzulegen und in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 Buchst. b) und Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich der Verordnung Nr. 1049/2001 keinen Zugang zum Angebot der Auftragnehmerin zu gewähren."

Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil

[5] Mit Klageschrift, die am 25.10.2013 bei der Kanzlei des Gerichts einging, erhob Agriconsulting eine Klage, mit der sie beantragte, erstens der Kommission aufzugeben, ihr das Angebot der Auftragnehmerin VLM zu übermitteln, und zweitens die Kommission gemäß den Art. 268 und 340 AEUV zum Ersatz des Schadens zu verurteilen, der ihr aufgrund von Unregelmäßigkeiten der Kommission im Rahmen des Vergabeverfahrens entstanden sein soll. Mit dem angefochtenen Urteil wies das Gericht die Klage in vollem Umfang zurück.

Anträge der Parteien vor dem Gerichtshof

[6] Agriconsulting beantragt,
- das angefochtene Urteil aufzuheben und die Rechtssache an das Gericht zur erneuten Entscheidung unter Berücksichtigung der Hinweise des Gerichtshofs zurückzuverweisen;
- der Kommission die Kosten dieses Verfahrens und des erstinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen.

[7] Die Kommission beantragt,
- das Rechtsmittel in vollem Umfang zurückzuweisen;
- der Rechtsmittelführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Zum Rechtsmittel

[8] Agriconsulting macht vier Rechtsmittelgründe geltend.

Zum ersten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Parteien

[9] Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund, der aus zwei Teilen besteht, wirft Agriconsulting dem Gericht vor, in Rdnr. 46 des angefochtenen Urteils einen kausalen Zusammenhang zwischen den Rechtsverstößen, die betreffend die Vergabekriterien 1 und 2 bei der Bewertung ihres Angebots begangen worden sein sollen, und den in ihrer Klage geltend gemachten Schadensersatzansprüchen verneint zu haben.

[10] Im Rahmen des ersten Teils dieses Rechtsmittelgrundes macht Agriconsulting geltend, das Gericht habe ihre Argumente in Bezug auf den Kausalzusammenhang entstellt und verfälscht. Entgegen den Ausführungen des Gerichts in den Rdnr. 42 und 43 des angefochtenen Urteils habe sie nämlich in ihrer Klage die Schadensersatzanträge aufgrund der entgangenen Chance und der Kosten der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren von der Frage der Ablehnung ihres Angebots trennen wollen. Insoweit ergebe sich aus Rdnr. 105 der Klageschrift und Rdnr. 3 der Erwiderung im ersten Rechtszug eindeutig, dass sie die entgangene Chance und die Teilnahmekosten unabhängig von der Frage, wie sicher der Zuschlag des Auftrags gewesen sei, als erstattungsfähige Schadensposten angesehen habe.

[11] Im Rahmen des zweiten Teils ihres ersten Rechtsmittelgrundes bringt Agriconsulting vor, das Gericht habe in den Rdnr. 43 bis 45 des angefochtenen Urteils rechtsfehlerhaft die Auffassung vertreten, dass die geltend gemachten Rechtsverstöße betreffend die Vergabekriterien 1 und 2 keinen Schadensersatzanspruch begründen könnten, da die Ablehnung ihres Angebots Folge der Entscheidung des Bewertungsausschusses hinsichtlich des Vergabekriteriums 3 und der Beurteilung dieses Angebots als ungewöhnlich niedrig gewesen sei. Das Gericht habe damit die Schadensersatzklage allein auf die Fälle von Rechtsverstößen beschränkt, die einen sicheren Einfluss auf die Vergabe eines Auftrags hätten, während nach der Rechtsprechung dieses Gerichts jede Unregelmäßigkeit im Vergabeverfahren, die die Möglichkeiten eines Bieters, den fraglichen Zuschlag zu erhalten, beeinträchtigen könne, einen Schadensersatzanspruch begründen könne.

[12] Die Kommission hält den ersten Rechtsmittelgrund für nicht begründet.

Würdigung durch den Gerichtshof

[13] Das Gericht hat zunächst in Rdnr. 41 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass Agriconsulting bezüglich der Unregelmäßigkeiten betreffend die Ver-

gabekriterien 1 und 2 zwei Schadensposten geltend gemacht habe, nämlich die entgangene Chance und die Kosten der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. Sodann hat es in Rdnr. 42 dieses Urteils das Vorbringen von Agriconsulting wie folgt zusammengefasst: „Die [Rechtsmittelführerin] macht geltend, die Voraussetzung des Bestehens eines Kausalzusammenhangs sei deshalb erfüllt, weil ihr Angebot als bestes eingestuft worden sei und den Zuschlag hätte erhalten müssen, wenn es nicht zu den festgestellten Verstößen gekommen wäre." Das Gericht hat sich schließlich in den Rdnr. 43 bis 46 des Urteils zu dem in dieser Weise zusammengefassten Vorbringen im Kern dahin gehend geäußert, dass die geltend gemachten Rechtsverstöße nicht in direktem kausalem Zusammenhang mit den von der Rechtsmittelführerin geltend gemachten Schadensposten stünden.

[14] Was den ersten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes betrifft, mit dem eine Entstellung der Argumente von Agriconsulting durch das Gericht gerügt wird, ist erstens darauf hinzuweisen, dass Agriconsulting in Rdnr. 102 der Klageschrift zur Erläuterung des Kausalzusammenhangs zwischen den Rechtsverstößen, die im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens begangen worden sein sollen, und der entgangenen Chance, die sie erlitten habe, festgestellt hatte, dass diese entgangene Chance „eine direkte Folge der Entscheidung des Vergabeausschusses [sei], die Punktzahl betreffend das Vergabekriterium 3 zu senken und das Angebot als ungewöhnlich niedrig zu beurteilen".

[15] Zudem hatte die Rechtsmittelführerin in den Rdnr. 76 und 79 ihrer Klageschrift ausgeführt, dass die geltend gemachte entgangene Chance sich darin niedergeschlagen habe, dass ihr Angebot als bestes eingestuft worden sei und sie den Zuschlag rechtswidrig nicht erhalten habe.

[16] Daher hat das Gericht in Rdnr. 42 des angefochtenen Urteils das Vorbringen der Rechtsmittelführerin zum Kausalzusammenhang zwischen den geltend gemachten Rechtsverstößen und der behaupteten entgangenen Chance nicht entstellt. Sie hat es vielmehr so übernommen, wie es sich aus der Klageschrift ergab.

[17] Dieses Ergebnis kann nicht durch Rdnr. 105 der Klageschrift in Frage gestellt werden, die von Agriconsulting nicht mit Erfolg herangezogen werden kann, um den Inhalt ihres Vorbringens in Bezug auf die behauptete entgangene Chance nachzuweisen. Die Ausführungen in dieser Randnummer betreffen nämlich offensichtlich nicht dieses Thema, da die Rechtsmittelführerin dort die Voraussetzungen für die Erstattung der Kosten der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren nach der Rechtsprechung des Gerichts in Erinnerung ruft. Im Übrigen findet sich diese Randnummer im Abschnitt der Klageschrift mit der Überschrift „Kausalzusammenhang in Bezug auf den Schaden, der in den Kosten der Teilnahme an dem in Rede stehenden Ausschreibungsverfahren besteht".

[18] Die Rechtsmittelführerin kann sich auch nicht auf die Ausführungen in Rdnr. 3 der Erwiderung im ersten Rechtszug berufen. Die Rechtsmittelführerin wiederholte dort nämlich – verbunden mit einem Einschub, dass die geltend gemachten Rechtsverstöße betreffend die Vergabekriterien 1 und 2 nicht nur diesen Schadensposten, sondern auch die entgangene Chance „stützten", ohne dass dies weiter ausgeführt wurde – lediglich, was sie in Rdnr. 105 ihrer Klageschrift als Rechtsprechung des Gerichts zur Erstattung von Teilnahmekosten dargelegt hatte. Diese Rdnr. 3 enthält daher nicht mehr als eine Präzisierung der geltend gemachten Schadensposten in Bezug auf diese Rechtsverstöße.

[19] Zweitens ist zu dem Vorbringen von Agriconsulting in Bezug auf den Kausalzusammenhang zwischen den geltend gemachten Rechtsverstößen und dem Schadensposten in Form der Kosten der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren darauf hinzuweisen, dass das Gericht über die Frage der Erstattung dieser Kosten im Wesentlichen in den Rdnr. 112 bis 117 des angefochtenen Urteils entschieden hat. Die Rechtsmittelführerin macht jedoch in ihrem Rechtsmittel nicht geltend, dass die angebliche Entstellung oder Verfälschung ihrer Argumente durch das Gericht in Rdnr. 42 des angefochtenen Urteils die Einschätzung, die sich in diesen Randnummern befinde, rechtsfehlerhaft gemacht habe. Sie rügt daher eine Verfälschung, ohne zu erklären, welche Schlüsse sie daraus ziehe. Insoweit geht der erste Teil des ersten Rechtsmittelgrundes ins Leere.

[20] Der erste Teil ist daher teilweise offensichtlich unbegründet und geht teilweise ins Leere.

[21] Was den zweiten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes betrifft, wie er in Rdnr. 11 des vorliegenden Urteils zusammengefasst wird, genügt der Hinweis, dass das Gericht in den Rdnr. 43 bis 45 des angefochtenen Urteils nicht abstrakt und allgemein festgestellt hat, dass Rechtsverstöße in einem Ausschreibungsverfahren wie im vorliegenden Fall die von Agriconsulting in Bezug auf die Vergabekriterien 1 und 2 geltend gemachten Verstöße niemals den Schadensersatzanspruch eines Bieters begründen könnten. Das Gericht hat sich im vorliegenden Fall darauf beschränkt, im Einzelfall zu prüfen, ob in Anbetracht des Vorbringens der Rechtsmittelführerin zum Kausalzusammenhang und nach dem besonderen Sachverhalt des vorliegenden Falles ein solcher Schadensersatzanspruch bestand.

[22] Alles in allem stellt dieser Teil die Sachverhaltsbeurteilung des Gerichts betreffend den Kausalzusammenhang in Frage und fällt damit, sofern keine Verfälschung vorliegt, nicht in die Zuständigkeit des Gerichtshofs

im Rahmen des Rechtsmittels. Da die Auffassung der Rechtsmittelführerin, es liege eine Verfälschung ihres Vorbringens vor, aus den in den Rdnr. 14 bis 19 des vorliegenden Urteils dargestellten Gründen unbegründet ist, ist dieser Teil unzulässig.

[23] Nach alledem ist der erste Rechtsmittelgrund in vollem Umfang zurückzuweisen.

Zum zweiten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Parteien

[24] Im Rahmen des ersten Teils ihres zweiten Rechtsmittelgrundes macht Agriconsulting geltend, das Gericht habe in den Rdnr. 56 bis 62 des angefochtenen Urteils die Einschätzung des Bewertungsausschusses verfälscht und gegen seine Begründungspflicht verstoßen.

[25] Wie nämlich aus dem abschließenden Bewertungsbericht hervorgehe, habe der Bewertungsausschuss die Verlässlichkeit des Angebots der Rechtsmittelführerin allein anhand des für die zusätzlichen Aufgaben angebotenen Preises beurteilt. Das Gericht habe dies in den Rdnr. 56 und 57 des angefochtenen Urteils erkannt, sei dann aber zu dem Ergebnis gelangt, dass der Bewertungsausschuss dem Angebot in seiner Gesamtheit Rechnung getragen habe. Die Begründung des Gerichts sei insoweit unzureichend, nicht schlüssig und unbewiesen, da sie unter Verstoß gegen den Grundsatz onus probandi incumbit ei qui dicit keine Stütze in einem bestimmten Beweismittel finde.

[26] Mit dem zweiten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes macht Agriconsulting aus ähnlichen Gründen, wie in vorstehender Randnummer dargelegt, geltend, dass das Gericht die Begründung des Bewertungsausschusses durch seine eigene ersetzt und die Verfahrensschriftstücke verfälscht habe.

[27] Die Kommission hält den zweiten Rechtsmittelgrund für unzulässig, hilfsweise für unbegründet.

Würdigung durch den Gerichtshof

[28] Mit den beiden Teilen ihres zweiten Rechtsmittelgrundes, die zusammen zu untersuchen sind, wirft Agriconsulting dem Gericht vor, „die Beurteilung des Bewertungsausschusses“ und die „Verfahrensschriftstücke“ verfälscht, die Bewertung des Bewertungsausschusses durch seine eigene ersetzt und eine unzureichende, widersprüchliche sowie nicht belegte Begründung gegeben zu haben. Dieses Vorbringen ist so zu verstehen, dass die Rechtsmittelführerin im Wesentlichen geltend macht, dass zum einen das Gericht das Schreiben der Kommission vom 25.03.2013 sowie den abschließenden Bewertungsbericht verfälscht und zum anderen gegen seine Begründungspflicht verstoßen habe.

[29] Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht in Rdnr. 55 des angefochtenen Urteils auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs verwiesen hat, nach der die Frage, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, im Verhältnis zu den Einzelposten des Angebots und im Verhältnis zu der fraglichen Leistung zu beurteilen ist.[6] Sodann hat das Gericht in Rdnr. 56 des angefochtenen Urteils den Inhalt des Schreibens der Kommission vom 25.03.2013, mit dem diese die Rechtsmittelführerin von der Ablehnung ihres Angebots unterrichtet hatte, sowie den Inhalt des abschließenden Bewertungsberichts zusammengefasst. In Rdnr. 57 dieses Urteils hat es festgestellt, dass die Anomalien, aufgrund deren der Bewertungsausschuss zu dem Schluss gelangt sei, dass das Angebot der Rechtsmittelführerin ungewöhnlich niedrig sei, insbesondere bestimmte zusätzliche Aufgaben betroffen hätten. In den Rdnr. 58 bis 61 des Urteils hat das Gericht jedoch die Ansicht vertreten, dass angesichts der wirtschaftlichen und finanziellen Bedeutung der zusätzlichen Aufgaben im Gesamtpreis des fraglichen Auftrags die festgestellten Anomalien geeignet gewesen seien, die Kohärenz des Angebots von Agroconsulting in seiner Gesamtheit zu beeinträchtigten. Daraus hat es in Rdnr. 62 des Urteils den Schluss gezogen, dass der Bewertungsausschuss seine Beurteilung, dass das Angebot von Agriconsulting ungewöhnlich niedrig sei, hinsichtlich der Einzelposten des Angebots und der fraglichen Leistung unter Berücksichtigung der für diese Leistung maßgeblichen Umstände vorgenommen habe.

[30] Erstens ist daher, was eine mögliche Verfälschung der Beweismittel durch das Gericht betrifft, darauf hinzuweisen, dass eine solche Verfälschung sich in offensichtlicher Weise aus den Akten ergeben muss, ohne dass es einer erneuten Tatsachen- und Beweiswürdigung bedarf.[7]

[31] Im vorliegenden Fall will Agriconsulting jedoch unter dem Deckmantel einer Verfälschung der Beweismittel in Wirklichkeit eine neue Tatsachenwürdigung erreichen, die nicht in die Zuständigkeit des Gerichtshofs im Rahmen eines Rechtsmittels fällt.[8]

[32] Agriconsulting macht nämlich nicht geltend, dass die Auffassung, die sich das Gericht von dem Schreiben

6 Vgl. entsprechend Urt. v. 18.12.2014, Data Medical Service – C-568/13, EU:C:2014:2466, Rdnr. 50.

7 Urt. v. 20.11.2014, Intra-Presse/Golden Balls – C-581/13 P und C-582/13 P, n.v., EU:C:2014:2387, Rdnr. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie v. 26.10.2016, Westermann Lernspielverlage/EUIPO – C-482/15 P, EU:C:2016:805, Rdnr. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung.

8 Vgl. entsprechend Urt. v. 02.09.2010, Calvin Klein Trademark Trust/HABM – C-254/09 P, EU:C:2010:488, Rdnr. 49, sowie v. 19.03.2015, MEGA Brands International/HABM – C-182/14 P, EU:C:2015:187, Rdnr. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung.

der Kommission vom 25.03.2013 und dem abschließenden Bewertungsbericht gebildet habe, in irgendeiner Weise sachlich falsch gewesen sei. Vielmehr räumt sie ein, dass das Gericht den Inhalt in Rdnr. 56 des angefochtenen Urteils zutreffend zusammengefasst habe. Die Rechtsmittelführerin beanstandet vielmehr die Bewertung des Inhalts dieser Schriftstücke durch das Gericht in den Rdnr. 57 bis 61 dieses Urteils im Hinblick auf den Zusammenhang, in dem sie stehen, einschließlich der wirtschaftlichen und finanziellen Bedeutung der zusätzlichen Aufgaben in dem fraglichen Auftrag, und den Schluss, den es daraus gezogen hat, dass die festgestellten Anomalien geeignet gewesen seien, die Zuverlässigkeit des Angebots von Agriconsulting in seiner Gesamtheit zu beeinträchtigen.

[33] Der zweite Rechtsmittelgrund ist daher insoweit unzulässig.

[34] Zweitens ist, was den Vorwurf von Agriconsulting betrifft, das Gericht habe gegen seine Begründungspflicht verstoßen, darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob die Begründung eines Urteils des Gerichts widersprüchlich oder unzureichend ist, zwar eine Rechtsfrage ist, die im Rahmen eines Rechtsmittels geltend gemacht werden kann.[9]

[35] Agriconsulting begehrt aber mit ihrer Behauptung, die Begründung des angefochtenen Urteils sei widersprüchlich, erneut eine neue Tatsachenwürdigung des vorliegenden Falles. Denn die Feststellung in Rdnr. 57 des angefochtenen Urteils, dass „die festgestellten Mängel … insbesondere bestimmte zusätzliche Aufgaben betreffen", ist als solche nicht mit der Schlussfolgerung in Rdnr. 62 dieses Urteils unvereinbar, nach der „der Bewertungsausschuss seine Beurteilung hinsichtlich der Einzelposten des Angebots und der fraglichen Leistung … vorgenommen hat". Die Rechtsmittelführerin beanstandet in Wirklichkeit die Sachverhaltsfeststellungen in Rdnr. 58 bis 61 dieses Urteils, aufgrund deren das Gericht zu diesem Schluss gelangt ist.

[36] Was den von der Rechtsmittelführerin geltend gemachten Begründungsmangel betrifft, ergibt sich aus den Erwägungen in den Rdnr. 57 bis 61 des angefochtenen Urteils, die in Rdnr. 29 des vorliegenden Urteils wiedergegeben werden, dass das Gericht die Schlussfolgerung in Rdnr. 62 des angefochtenen Urteils rechtlich hinreichend begründet hat, dass der Bewertungsausschuss im Einklang mit der sich aus dem Urteil vom 18.12.2014, Data Medical Service,[10] ergebenden Rechtsprechung entschieden habe.

[37] Der zweite Rechtsmittelgrund der Rechtsmittelführerin ist daher als teilweise unzulässig und teilweise unbegründet in vollem Umfang zurückzuweisen.

Zum dritten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Parteien

[38] Mit ihrem dritten Rechtsmittelgrund macht Agriconsulting in einem ersten Teil geltend, dass das Gericht in den Rdnr. 64 bis 69 des angefochtenen Urteils ihre Klageschrift entstellt und verfälscht habe. Während sie sich nämlich darauf berufen habe, dass die Referenzpreise und -kosten, anhand deren der Bewertungsausschuss beurteilt habe, ob ihr Angebot ungewöhnlich niedrig gewesen sei (im Folgenden: wirtschaftliche Bezugsparameter), willkürlich, irrational, subjektiv und unbestimmt gewesen seien, habe das Gericht zu deren Rechtmäßigkeit nicht Stellung genommen. Es habe lediglich in Rdnr. 66 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Rechtsmittelführerin die Seriosität ihres Angebots nicht belegt habe.

[39] In diesem Rahmen wirft die Rechtsmittelführerin dem Gericht auch vor, es habe die Beweise, die sie beigebracht habe, um nachzuweisen, dass diese wirtschaftlichen Parameter nicht verlässlich seien, außer Acht gelassen. Insbesondere habe das Gericht eine Simulation unberücksichtigt gelassen, aus der sich ergebe, dass bei Anwendung derselben wirtschaftlichen Parameter auf die Hauptaufgaben das in den Verdingungsunterlagen für diese Aufgaben vorgesehene Budget nicht ausgereicht hätte.

[40] Darüber hinaus ist Agriconsulting der Auffassung, das Gericht habe ihr nicht, wie in Rdnr. 66 des angefochtenen Urteils geschehen, entgegenhalten dürfen, sie habe in ihrem ursprünglichen Angebot keine Angaben gemacht, die die Preisnachlässe, die ihr gewährt worden seien, belegen könnten, da sie dazu durch keine Vorschrift des Ausschreibungsverfahrens verpflichtet gewesen sei. Das Gericht könne ihr auch nicht vorwerfen, diese Angaben nicht in ihrem Schreiben vom 29.11.2012 auf das Auskunftsverlangen der Kommission gemacht zu haben. Die Angaben gehörten nämlich nicht zu den Auskünften, um die die Kommission in ihrem Schreiben vom 22.11.2012 ersucht habe. Das Gericht könne ihr schließlich nicht zur Last legen, im weiteren Verlauf die Kooperationsverträge mit den Experten nicht weitergegeben zu haben, da die Kommission sie dazu nicht ermächtigt habe.

[41] Mit dem zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes macht die Rechtsmittelführerin geltend, dass das Gericht in den Rdnr. 73 bis 76 des angefochtenen Urteils rechtsfehlerhaft festgestellt habe, dass die Kommission nicht gegen den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens verstoßen habe, als sie der Rechtsmittelführerin

9 Urt. v. 16.07.2009, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Kommission – C-385/07 P, EU:C:2009:456, Rdnr. 71 und die dort angeführte Rechtsprechung.

10 Urt. v. 18.12.2014, Data Medical Service – C-568/13, EU:C:2014:2466.

das Recht versagt habe, diese zusätzlichen Informationen zur Verfügung zu stellen.

[42] Insoweit ergebe sich aus einer ständigen Rechtsprechung, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet sei, den Bieter um nähere Angaben zu ersuchen, die im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens die Seriosität des Angebots belegen könnten. Da das Ersuchen des Bewertungsausschusses im vorliegenden Fall jedoch so formuliert gewesen sei, dass es sich nicht auf die Angemessenheit der von Agriconsulting in dem Angebot veranschlagten Preise, sondern auf die Berechnungsmethode für diese Preise bezogen habe, habe sie sich nur veranlasst gesehen, zu den numerischen Elementen dieser Berechnung Auskunft zu geben. Sie hätte daher die Möglichkeit haben müssen, zusätzliche Angaben zu machen, um jeden Zweifel an der Richtigkeit der fraglichen Zahlen auszuschließen. Insoweit beschränke die Rechtsprechung das Recht eines Bieters zur Stellungnahme nicht auf eine einzige Mitteilung. Vielmehr verlange in diesem Zusammenhang der kontradiktorische Grundsatz, dass der Bieter nach Vorlage einer ersten Stellungnahme in angemessenem Rahmen ergänzende Ausführungen machen könne.

[43] In einem dritten Teil vertritt Agriconsulting schließlich die Auffassung, dass das Gericht mehrere Rechtsfehler begangen habe, als es in den Rdnr. 81 bis 85 des angefochtenen Urteils einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verneint habe. Zunächst habe das Gericht zu Unrecht festgestellt, dass allein der Preis ihres Angebots für den Nachweis ausreiche, dass dieses Angebot ungewöhnlich niedrig sei. Sodann habe es nicht berücksichtigt, dass im Hinblick auf die wirtschaftlichen Bezugsparameter das Angebot von VLM ebenfalls ungewöhnlich niedrig erschienen sei. Vor allem hätte das Gericht berücksichtigen müssen, dass Agriconsulting und VLM sich, was ihre jeweiligen Angebote betreffe, tatsächlich in der gleichen Lage befunden hätten. Zum einen nämlich hätten diese Angebote denselben Auftrag betroffen, und zum anderen sei ihre Verlässlichkeit – im ersten Fall vom öffentlichen Auftraggeber und im zweiten Fall von Agriconsulting – angezweifelt worden.

[44] Ferner habe das Gericht die Beweismittel, die die Rechtsmittelführerin für ihre Rügen angeboten habe, nicht angemessen geprüft und beurteilt. Insbesondere mit der Annahme in Rdnr. 84 des angefochtenen Urteils, dass die von ihr vorgelegte Simulation, die in Rdnr. 39 des vorliegenden Urteils erwähnt wird, irrelevant sei, habe das Gericht ein Beweismittel außer Acht gelassen, mit dem gerade habe bewiesen werden sollen, dass das Angebot von VLM ebenfalls ungewöhnlich niedrig gewesen sei und dass diese sich daher insoweit in einer vergleichbaren Lage wie die Rechtsmittelführerin befunden habe.

[45] Die Kommission hält den dritten Rechtsmittelgrund für unbegründet.

Würdigung durch den Gerichtshof

[46] Für die Prüfung des dritten Rechtsmittelgrundes soll die Reihenfolge seiner verschiedenen Teile umgekehrt werden.

[47] Zum dritten Teil dieses Rechtsmittelgrundes, mit dem ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung geltend gemacht wird, ist darauf hinzuweisen, dass nach diesem Grundsatz die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben müssen, was voraussetzt, dass die Angebote aller Bieter den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen.[11]

[48] Im vorliegenden Fall hat das Gericht in den Rdnr. 82 und 83 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass das Angebot von VLM, das auf der Grundlage der in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Formel berechnet worden sei, etwas unter der Höchstgrenze des gemäß den Verdingungsunterlagen für die Ausführung des Auftrags vorgesehenen Budgets gelegen habe und um beinahe 1 Mio. € höher als jenes von Agriconsulting gewesen sei. Es schloss daraus, dass VLM nicht in der gleichen Lage gewesen sei wie Agriconsulting und dass die Kommission daher ohne Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes habe beschließen können, das ungewöhnlich niedrige Angebot der Rechtsmittelführerin zu prüfen, ohne VLM der gleichen Behandlung zu unterziehen.

[49] Es ist festzustellen, dass die unterschiedliche Behandlung der Angebote von Agriconsulting und von VLM untrennbar mit der Frage der Identifizierung ungewöhnlich niedriger Angebote und des ihnen vorbehaltenen Verfahrens verbunden ist. Bei der Beurteilung der Stichhaltigkeit der Begründung des Gerichts in den Rdnr. 82 und 83 des angefochtenen Urteils ist daher auf die Pflichten einzugehen, die dem öffentlichen Auftraggeber in diesem Bereich obliegen.

[50] Insoweit bestimmt Art. 139 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2342/2002, dass, sofern bei einem bestimmten Auftrag Angebote im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein scheinen, der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich die Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen muss, die er für angezeigt hält, und die anschließende kontradiktorische Prüfung dieser Einzelposten unter Berücksichtigung der eingegangenen Begründungen erfolgt.

[51] Der öffentliche Auftraggeber ist aufgrund dieser Bestimmung daher verpflichtet, erstens die zweifelhaften Angebote zu identifizieren, zweitens den betroffenen Bietern zu ermöglichen, ihre Seriosität zu beweisen,

11 Beschl. v. 10.11.2016, Spinosa Costruzioni Generali und Melfi – C-162/16, n.v., EU:C:2016:870, Rdnr. 23 sowie die dort angeführte Rechtsprechung.

indem er von ihnen Aufklärung verlangt, wo er dies für angezeigt hält, drittens die Stichhaltigkeit der von den Betroffenen eingereichten Erklärungen zu beurteilen und viertens über die Zulassung oder Ablehnung dieser Angebote zu entscheiden.[12]

[52] Jedoch nur, wenn von vornherein zweifelhaft ist, ob ein Angebot verlässlich ist, gelten für den öffentlichen Auftraggeber die in dieser Bestimmung vorgesehenen Verpflichtungen, einschließlich der vorliegend maßgeblichen Verpflichtung, die Seriosität der vorgeschlagenen Preise anhand der wirtschaftlichen Bezugsparameter im Einzelnen zu prüfen.

[53] Da der Bewertungsausschuss im vorliegenden Fall das Angebot der Rechtsmittelführerin als auf den ersten Blick ungewöhnlich niedrig identifizierte und das Angebot von VLM nicht als von vornherein ungewöhnlich ansah, konnte er, ohne gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bewerber zu verstoßen, das in Art. 139 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2342/2002 vorgesehene kontradiktorische Verfahren in Bezug auf das erstgenannte Angebot durchführen und dessen Preise anhand der wirtschaftlichen Bezugsparameter im Einzelnen überprüfen, ohne VLM in gleicher Weise zu behandeln. Das Gericht hat daher in den Rdnr. 82 und 83 des angefochtenen Urteils zu Recht festgestellt, dass die beiden Unternehmen sich, was ihre jeweiligen Angebote betreffe, nicht in der gleichen Lage befunden hätten.

[54] Dieses Ergebnis wird nicht durch das Vorbringen von Agriconsulting in Frage gestellt, dass aus dem Angebotspreis allein nicht auf ein ungewöhnlich niedriges Angebot geschlossen werden könne.

[55] Insoweit ist es mangels einer Definition des Begriffs „ungewöhnlich niedriges Angebot“ oder Regeln zur Identifizierung eines solchen Angebots in Art. 139 Abs. 1 oder Art. 146 Abs. 4 der Verordnung Nr. 2342/2002 Sache des öffentlichen Auftraggebers, die für die Identifizierung der ungewöhnlich niedrigen Angebote verwendete Methode festzulegen,[13] vorausgesetzt, dass diese Methode sachlich und nicht diskriminierend ist.[14]

[56] Im vorliegenden Fall hat, wie vom Gericht in den Rdnr. 81 und 82 des angefochtenen Urteils ausgeführt, der Bewertungsausschuss das Angebot von Agriconsulting als ungewöhnlich niedrig identifiziert, indem er dessen Preis mit dem in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Gesamtbudget von 2.500.000 € verglichen hat. Während das Angebot von VLM leicht unter diesem Budget lag, war das Angebot von Agriconsulting fast 1 Mio. € niedriger als dieses.

[57] Entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin spricht nach der in Rdnr. 55 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung nichts dagegen, dass der öffentliche Auftraggeber die Angebote mit dem veranschlagten Budget der Verdingungsunterlagen vergleicht und eines davon als auf den ersten Blick ungewöhnlich niedrig identifiziert, wenn die Höhe dieses Angebots erheblich unter dem veranschlagten Budget liegt. Die Rechtsmittelführerin hat namentlich nicht dargetan, aus welchem Grund eine solche Vorgehensweise nicht sachlich oder warum sie diskriminierend sein sollte.

[58] Was schließlich das Vorbringen von Agriconsulting betrifft, dass das Gericht hätte annehmen müssen, dass sich VLM tatsächlich in der gleichen Lage befinde wie sie, ist zum einen festzustellen, dass der Umstand allein, dass die Rechtsmittelführerin die Verlässlichkeit des Angebots von VLM anzweifelt, nicht den Schluss auf eine Vergleichbarkeit der Situationen zulässt. Angesichts der Ausführungen in den Rdnr. 52 und 53 des vorliegenden Urteils hätte Agriconsulting auch begründen müssen, warum der öffentliche Auftraggeber auf den ersten Blick an der Verlässlichkeit des Angebots von VLM hätte zweifeln müssen.

[59] Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht in Rdnr. 84 des angefochtenen Urteils zu Recht angenommen hat, dass die von der Rechtsmittelführerin vorgelegte Simulation insoweit irrelevant ist. Diese Simulation, die darin besteht, die im Angebot von VLM vorgeschlagenen Preise anhand der wirtschaftlichen Bezugsparameter im Einzelnen zu überprüfen, kann nicht den Nachweis erbringen, warum der öffentliche Auftraggeber im Vorhinein an der Seriosität dieses Angebots hätte zweifeln sollen, obwohl es seiner Höhe nach sehr nahe an dem veranschlagten Budget der Verdingungsunterlagen lag.

[60] Demnach ist der dritte Teil des dritten Rechtsmittelgrundes unbegründet.

[61] Was sodann den zweiten Teil dieses Rechtsmittelgrundes, einen Verstoß gegen den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens, betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht, nachdem es in Rdnr. 71 des angefochtenen Urteils die Verpflichtungen aufgelistet hatte, die sich aus Art. 139 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2342/2002, dessen Wortlaut in Rdnr. 50 des vorliegenden Urteils wiedergegeben ist, ergeben, in den Rdnr. 72 bis 76 des angefoch-

12 Vgl. entsprechend Urt. v. 27.11.2001, Lombardini und Mantovani – C-285/99 und C-286/99, EU:C:2001:640, Rdnr. 55.

13 Vgl. entsprechend Urt. v. 18.12.2014, Data Medical Service – C-568/13, EU:C:2014:2466, Rdnr. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung.

14 Vgl. entsprechend Urt. v. 27.11.2001, Lombardini und Mantovani – C-285/99 und C-286/99, EU:C:2001:640, Rdnr. 68 und 69.

tenen Urteils festgestellt hat, dass das in dieser Vorschrift vorgesehene kontradiktorische Verfahren im vorliegenden Fall eingehalten worden sei und dass die Rechtsmittelführerin die Möglichkeit gehabt habe, ihre als ungewöhnlich niedrig erachteten Kosten und Tarife zu rechtfertigen.

[62] Demgegenüber macht Agriconsulting im Wesentlichen geltend, dass der öffentliche Auftraggeber seine Verpflichtungen nach diesem Art. 139 Abs. 1 nur dann erfüllt habe, wenn der betroffene Bieter über die förmliche Beachtung der in dieser Bestimmung vorgesehenen Schritte des kontradiktorischen Verfahrens hinaus tatsächlich in der Lage gewesen sei, seine Kosten und Tarife zu rechtfertigen. Dies setze im vorliegenden Fall eine Ermächtigung der Rechtsmittelführerin voraus, ergänzende Angaben zu den Angaben in ihrem Schreiben vom 29.11.2012 zu machen, da sie aufgrund des Schreibens der Kommission vom 22.11.2012 nicht in der Lage gewesen sei, richtig zu beurteilen, um welche Auskünfte sie die Kommission ersucht habe.

[63] Insoweit genügt die Feststellung, dass dieses Vorbringen in tatsächlicher Hinsicht auf einer Prämisse beruht, die das Gericht ausgeschlossen hat. Das Schreiben der Kommission vom 22.11.2012 wurde nämlich vom Gericht in Rdnr. 77 des angefochtenen Urteils dahin verstanden, dass die Kommission die Rechtsmittelführerin nicht nur zur Berechnungsmethode für die in ihrem Angebot enthaltenen Preise befragt habe, sondern zu allen Gesichtspunkten, die in die Berechnung dieser Preise eingeflossen seien.

[64] Da der Gerichtshof, vorausgesetzt, es liegt keine Verfälschung vor, im Rahmen eines Rechtsmittels keine Aufklärung des Sachverhalts, wie er vom Gericht beurteilt wurde, vornehmen kann, ist der zweite Teil des dritten Rechtsmittelgrundes unzulässig.

[65] Was schließlich den ersten Teil dieses Rechtsmittelgrundes betrifft, dass nämlich das Gericht die Klageschrift von Agriconsulting entstellt und verfälscht habe, machte die Rechtsmittelführerin in Rdnr. 68 ihrer Klageschrift offensichtlich geltend, dass die Bezugskosteneinheit, die für die Berechnung der Kosten der Experten verwendet worden sei, subjektiv sei und weder dem Umstand, dass sie mit den Experten niedrigere Tarife habe aushandeln können, noch ihren organisatorischen und geschäftlichen Fähigkeiten Rechnung getragen habe.

[66] Hierzu hat das Gericht in den Rdnr. 66 und 67 des angefochtenen Urteils darauf hingewiesen, dass die Behauptungen der Rechtsmittelführerin, dass sie mit den Experten niedrigere Tarife habe aushandeln können als die der wirtschaftlichen Bezugsparameter, nicht bewiesen seien.

[67] Darüber hinaus hat das Gericht in Rdnr. 68 dieses Urteils festgestellt, dass Agriconsulting ihr Argument, die Kosteneinheit für die Berechnung der Expertenkosten sei ein subjektiver Parameter, nicht durch bezifferte Angaben untermauert habe. Im Übrigen spreche die Tatsache, dass sich Agriconsulting auf Honorarverhandlungen mit Experten derselben Kategorie wie die Experten für die Hauptaufgaben berufen habe, dafür, dass diese Kosten unter der Norm gelegen hätten, ohne dass dies indes genauer begründet worden sei.

[68] Das Gericht hat daher das Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht verkannt und rechtlich hinreichend beantwortet. Es konnte sich nämlich insoweit mit der Feststellung begnügen, dass Agriconsulting die Richtigkeit ihrer Behauptungen, die wirtschaftlichen Bezugsparameter seien unangemessen und die Tarife, die sie habe aushandeln können, niedriger gewesen, nicht untermauert habe. Die Rechtsmittelführerin rügt im Übrigen nicht, dass das Gericht ihr die Beweislast insoweit rechtsfehlerhaft auferlegt habe. Sie macht daher zu Unrecht eine Entstellung oder Verfälschung ihrer Klageschrift durch das Gericht geltend.

[69] Was das Vorbringen von Agriconsulting betrifft, das Gericht habe die Simulation nicht berücksichtigt, die sie vorgelegt habe, um zu zeigen, dass die wirtschaftlichen Bezugsparameter willkürlich und nicht verlässlich gewesen seien, genügt der Hinweis, dass das Rechtsmittel auf Rechtsfragen beschränkt ist. Daher ist, sofern keine Verfälschung von Tatsachen oder Beweismitteln vorliegt, allein das Gericht für die Feststellung und Bewertung der rechtserheblichen Tatsachen und die Bewertung der ihm vorgelegten Beweismittel zuständig.[15]

[70] Die Rechtsmittelführerin hat jedoch keinen Nachweis für eine solche Verfälschung beigebracht. Im Übrigen ist festzustellen, dass das Gericht die streitige Simulation, da diese in dem angefochtenen Urteil mehrfach, u.a. in Rdnr. 84, erwähnt wird, nicht außer Acht gelassen hat. Der Umstand, dass das Gericht sie nicht in den Rdnr. 63 bis 69 dieses Urteils herangezogen hat, zeigt – nicht mehr und nicht weniger –, dass es sie in diesem Zusammenhang nicht als aussagekräftig erachtete, wobei eine solche Einschätzung, sofern jegliche Verfälschung ausgeschlossen ist, allein in seiner Zuständigkeit liegt.

[71] Was schließlich das in Rdnr. 40 des vorliegenden Urteils dargelegte Vorbringen von Agriconsulting betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht, soweit es in den Rdnr. 72 bis 76 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, dass die Rechtsmittelführerin die Möglichkeit gehabt habe, ihre Kosten und Tarife zu rechtfertigen, ihr durchaus vorwerfen konnte, ihre Behauptungen nicht untermauert zu haben. Angenommen, die Rechtsmittel-

15 Beschl. v. 11.11.2003, Martinez/Parlament – C-488/01 P, EU:C:2003:608, Rdnr. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung.

führerin wollte mit diesem Argument diese Feststellung des Gerichts in Frage stellen, ist dieses Vorbringen im Übrigen aus den in Rdnr. 64 des vorliegenden Urteils genannten Gründen unzulässig.

[72] Daher ist der erste Teil des dritten Rechtsmittelgrundes teilweise unzulässig und teilweise unbegründet.

[73] Folglich ist der dritte Rechtsmittelgrund in vollem Umfang zurückzuweisen.

[74] Gem. Art. 139 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2342/2002 ist der Umstand, dass das Angebot von Agriconsulting ungewöhnlich niedrig war, ein rechtlich hinreichender Grund für seine Zurückweisung. Aus sämtlichen vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Rechtsmittelführerin nicht darzutun vermochte, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen hat, indem es entschieden hat, dass im vorliegenden Fall, was die Beurteilung ihres Angebots durch die Kommission als ungewöhnlich niedrig betrifft, kein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Unionsrecht vorlag.

[75] Daher ist es nicht erforderlich, zu prüfen, ob der weitere Grund für die Zurückweisung des Angebots von Agriconsulting, nämlich die ihm hinsichtlich des Vergabekriteriums 3 zugeteilte Punktzahl, berechtigt war oder nicht.

[76] Ferner hat das Gericht in Rdnr. 105 des angefochtenen Urteils aus ähnlichen Gründen, wie in der vorstehenden Randnummer des vorliegenden Urteils ausgeführt, festgestellt, dass ein Kausalzusammenhang zwischen einer etwaigen Unregelmäßigkeit bei der Beurteilung des Angebots hinsichtlich des Vergabekriteriums 3 und dem von der Rechtsmittelführerin geltend gemachten entgangenen Gewinn wegen des Verlusts des Auftrags nicht nachgewiesen werden könne. Auch wenn sie in Rdnr. 65 ihres Rechtsmittels tatsächlich die Ausführungen des Gerichts zum Kausalzusammenhang erwähnt, wollte sie diese jedoch offensichtlich nicht in Frage stellen und erhebt jedenfalls in diesem Sinne keine Rüge.

[77] Da die Voraussetzungen für die außervertragliche Haftung der Union i.S.v. Art. 340 Abs. 2 AEUV kumulativer Art sind, genügen die Ausführungen in den Rdnr. 74 bis 76 des vorliegenden Urteils, um das Rechtsmittel von Agriconsulting zurückzuweisen, ohne dass über den vierten Rechtsmittelgrund entschieden zu werden braucht, der die Prüfung des Schadens in Form des ihr entgangenen Gewinns infolge der Zurückweisung ihres Angebots durch das Gericht zum Gegenstand hat.[16]

Anmerkung:
von Rechtsanwalt Dr. Benjamin Klein, Berlin*

Derzeit herrscht Hochkonjunktur. Klassischerweise ist die Praxis in derartigen Phasen eher mit Verfahrensaufhebungen aufgrund zu teurer Angebote wegen Überschreitung des vorhandenen Budgets beschäftigt. Eine Vielzahl aktuellerer Entscheidungen zeigt jedoch auch die ungebrochene praktische Relevanz des Ausschlusses von Unterkostenangeboten und den damit zusammenhängenden Problemen. Kein Wunder: Wer – auch in Hochkonjunkturphasen – bewusst besonders billig anbietet, lässt sich des sicher geglaubten Zuschlags nur ungerne mit dem Argument berauben, er sei eben zu billig. Nach einer vielbeachteten Entscheidung des BGH[1] beschäftigt sich nun auch der EuGH mit der Thematik und billigt den Auftraggebern – wie auch schon zuvor der BGH – im Ergebnis große Spielräume bei der Prüfung von Unterkostenangeboten zu. Ein Freibrief für Auftraggeber ist darin aber nicht zu sehen, wie die Spruchpraxis der Nachprüfungsinstanzen auch nach der Entscheidung des BGH zeigt.[2]

Basis der Entscheidung des EuGH ist Art. 139 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2342/2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften. Die Vorschrift ist in der deutschen Vergabepraxis eher wenig geläufig. Danach muss ein öffentlicher Auftraggeber, sofern bei einem bestimmten Auftrag Angebote im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein scheinen, vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich die Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, die er für angezeigt hält. Der Inhalt der Vorschrift ist damit wohlbekannt: Er entspricht den Regelungen zu Unterkostenangeboten in Art. 69 der RL 2014/24/EU sowie den nationalen Umsetzungsvorschriften, etwa § 60 VgV und § 16d EU Abs. 1 VOB/A.

Große Spielräume des Auftraggebers bei Unterkostenprüfung

Nach dem EuGH ist es Sache des Auftraggebers, eine sachliche und nicht diskriminierende Methode zur Identifizierung ungewöhnlich niedriger Angebote festzulegen. Zwingende Vorgaben macht der EuGH nicht. In Deutschland wird als Bezugspunkt in der Regel auf den Abstand des vermeintlichen Unterkostenangebots zu den nächsthöheren Angeboten abgestellt. Die konkreten

16 Vgl. entsprechend Urt. v. 19.04.2007, Holcim (Deutschland)/Kommission – C-282/05 P, EU:C:2007:226, Rdnr. 57, und v. 14.10.2014, Giordano/Kommission – C-611/12 P, EU:C:2014:2282, Rdnr. 54.

* HFK Rechtsanwälte LLP.

1 BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16, VergabeR 107, 364 ff. mit Anm. v. Delcuvé.

2 Siehe jüngst bspw. VK Bund, Beschl. v. 22.11.2017 – VK 1-129/17, wonach ein besonderes Interesse am Erhalt des Auftrags ein Unterkostenangebot rechtfertigen kann, etwa wenn ein Bieter wegen der Aufhebung einer vergleichbaren Ausschreibung ohnehin bereitstehende und nicht anderweitig nutzbare Kapazitäten auslasten will.

Aufgreifschwellen, bei deren Erreichen oder Überschreiten eine Verpflichtung des Auftraggebers zu einer näheren Prüfung bestehen soll, sind im Einzelnen umstritten. So wird vertreten, eine Verpflichtung zur näheren Aufklärung bestehe bei einem Preisabstand von 20 % zum nächsthöheren Angebot.[3] Nach anderer Ansicht kann eine solche Verpflichtung schon ab 10 % Abstand zum nächsthöheren Angebot bestehen.[4] Der BGH hat eine – starre – 20 %-Grenze jüngst kritisch gesehen, sah aber jedenfalls bei einem Abstand von 30 % zum nächsthöheren Angebot eine Verpflichtung zur Aufklärung.[5] Festzuhalten ist, dass vollkommen starre Grenzen nicht sachgerecht sind.[6] Die diskutierten Werte geben der Praxis Hilfestellungen, können aber allenfalls indizieller Natur sein. Es ist immer auf den Einzelfall abzustellen: Handelt es sich bspw. um eine Leistungsbeschreibung mit hohen funktionalen Anteilen, bei denen die Bieter die konkrete Art und Weise der Leistungserbringung weitgehend selbst bestimmen dürfen, so können naturgemäß große Schwankungen bei den verschiedenen Angebotspreisen bestehen. Dies kann durchaus hinzunehmen sein und muss nicht zwingend auf ein Unterkostenangebot hindeuten. Angebotsmängel werden sich in solchen Fällen regelmäßig im Rahmen der Bewertung der qualitativen Kriterien auswirken. Eine Aufklärung ist also auch bei Erreichen oder Überschreiten bestimmter starrer Aufgreifschwellen nicht zwingend geboten. Maßgeblich ist immer eine Einzelfallbetrachtung. Diese Erkenntnis ist von besonderer Bedeutung, weil der BGH den Vorschriften zu Unterkostenangeboten jüngst im gewissen Rahmen drittschützende Wirkung beigemessen hat.[7] So haben Bieter nach dem BGH jedenfalls einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber Aufklärung verlangt, wenn Indizien für ein Unterkostenangebot vorliegen. Die Beurteilung, ob dies der Fall ist, obliegt aber dem Auftraggeber. Die dabei bestehenden Freiräume hat der EuGH in dem vorliegenden Urteil bestätigt: Die vom Auftraggeber angewandte Methode muss nur sachlich und nicht diskriminierend sein. Weitergehende Vorgaben existieren aus europarechtlicher Sicht nicht. Diese Freiheit kann den neu gewonnen Drittschutz wieder aushöhlen und stumpft das scheinbar frisch geschärfte Schwert wieder etwas ab: Denn fordert ein Bieter die Aufklärung eines konkurrierenden vermeintlichen Unterkostenangebotes aufgrund starrer Aufgreifschwellen ein, so kann der Auftraggeber dies schon dann rechtmäßig ablehnen, wenn er darlegen kann, er könne aufgrund sachlicher und nicht diskriminierender Methoden ein Unterkostenangebot ausschließen. Umgekehrt kann aber auch ein vermeintlicher Unterkostenbieter ein Aufklärungsbegehren und auch einen Ausschluss seines Angebotes durch einen Auftraggeber schwerer erfolgversprechend angreifen. Denn auch hier muss der Auftraggeber letztlich „nur" die sachlichen Gründe und den nicht diskriminierenden Charakter seiner Entscheidung darlegen.[8] Im Ergebnis hält also der Auftraggeber das Heft des Handelns in der Hand. Er hat große Spielräume und muss seine Entscheidung (nur) gut begründen, um sich gegen potentielle Angriffe von beiden Seiten zu wappnen.

Neue Dimension bei der Unterkostenprüfung: Kostenschätzung des Auftraggebers

Der EuGH fügt der deutschen Diskussion über Aufgreifschwellen in seinem Urteil eine neue, hierzulande jedenfalls in diesem Zusammenhang eher unbekannte Dimension hinzu: So spricht aus Sicht des EuGH nichts dagegen, wenn der Auftraggeber als Bezugspunkt für die Feststellung eines Unterkostenangebotes nicht den Preis des nächsthöheren Angebots wählt, sondern auf die von ihm selbst erstellte Kostenschätzung bzw. das veranschlagte Budget abstellt. Zur vorstehend dargestellten deutschen Diskussion über die Höhe von Aufgreifschwellen musste sich der EuGH in dem entschiedenen Fall wegen des immensen Abstandes des vom Auftraggeber geschätzten Budgets (ca. 2,3 Mio. €) zu dem letztlich abgelehnten Unterkostenangebot (ca. 1,3 Mio. €) leider nicht äußern.

Inwieweit diese neue Dimension zur Identifikation von Unterkostenangeboten Einzug in die deutsche Vergabepraxis halten wird, bleibt mit Spannung abzuwarten. Denn der Streit wird sich dann regelmäßig an der Frage entzünden, wie valide die Kostenschätzung des Auftraggebers eigentlich war. In der vorliegenden Entscheidung des EuGH spielte diese Frage überraschenderweise offenbar keine Rolle. Ob Auftraggeber sich hierauf einlassen wollen/werden, ist eher fraglich. Denn oft ist die Erstellung einer validen Kostenschätzung für Auftraggeber schwer genug. Die Spruchpraxis der Nachprüfungsinstanzen zu Kostenschätzungen in Aufhebungssachverhalten zeigt dies nur allzu deutlich.[9]

3 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.04.2012 – VII-Verg 61/11.
4 Ziekow/Völlink/Vavra, Vergaberecht, 2. Aufl., § 16 VOB/A, Rdnr. 46 unter Hinweis auf OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.09.2009 – 15 Verg 3/09, VergabeR 2010, 96.
5 BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16, VergabeR 107, 364 ff. mit Anm. v. Delcuvé.
6 So zutreffend auch Delcuvé, VergabeR 2017, 372 (373); in einigen Landesvergabegesetzen finden sich indes feste Aufgreifschwellen, so etwa in Thüringen, wo § 14 Abs. 2 Thüringer Vergabegesetz eine 10 %-Grenze statuiert.
7 BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16.
8 Siehe zu den Spielräumen auch schon BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16, der als Begründung für die Ablehnung eines Unterkostenangebotes bereits das Abstellen auf bestimmte Gefahren ausreichen lässt.
9 Siehe grundlegend BGH, Urt. v. 20.11.2012 – X ZR 108/10.

Grundstücksverkauf mit Bauverpflichtung; „eingekapselte Beschaffung"; öffentlicher Bauauftrag; unmittelbares wirtschaftliches Interesse; einklagbare Forderung; Rückübertragungsverpflichtung; Entgeltlichkeit; Nachprüfungsverfahren; Parteierweiterung; sofortige Beschwerde; Zulässigkeit; Antrag

GWB (a.F.) §§ 99 Abs. 3, 108 Abs. 2, 117 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1.

1. Die Parteierweiterung im Nachprüfungsverfahren setzt in analoger Anwendung des § 263 ZPO voraus, dass die weitere Partei zustimmt oder die Parteierweiterung sachdienlich ist.

2. Das allgemeine Interesse der Wirtschaftsförderung genügt nicht, um ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an einer Bauleistung zu begründen. Ein lediglich mittelbares wirtschaftliches Interesse oder nur mittelbare wirtschaftliche Vorteile reichen nicht aus.

3. Jede geldwerte Leistung ist geeignet, das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit zu erfüllen. Darunter fallen auch finanzielle Beteiligungen in Form einer Subvention oder eine bloße Kostenerstattung.

(Leitsätze der Schriftleitung)

Thüringer OLG, Beschl. v. 15.03.2017 – 2 Verg 3/16 – „Hotelbau".

Sachverhalt: Das vorliegende Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren hat die Erteilung eines Bauauftrags zum Gegenstand.

In ihrem Schriftsatz vom 28.07.2016 hat die Antragsgegnerin sofortige Beschwerde gegen zwei Beschlüsse der Vergabekammer Freistaat Thüringen eingelegt. Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss mit dem Aktenzeichen …/2016-E-015-… betrifft ein Nachprüfungsverfahren, in dem es um die behauptete Beauftragung von Planungsleistungen der Architektin W. durch die beiden Antragsgegner geht. Dieses Verfahren läuft unter dem Aktenzeichen 2 Verg 8/16.[1]

Die vorliegende sofortige Beschwerde richtet sich gegen den Beschluss der Vergabekammer mit dem Aktenzeichen -…/2016-E-014-…. Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahren ist ein von der Antragstellerin behaupteter Bauauftrag zur Errichtung eines Hotels in B., den die Antragsgegner der Beigeladenen erteilt haben sollen.

Im Jahre 2012 beantragte die Antragsgegnerin zu 1 eine Baugenehmigung für die Errichtung eines Hotels neben der von der Antragsgegnerin zu 1 betriebenen Therme in B. Am 18.03.2013 wurde die Baugenehmigung vom Landratsamt U. als untere Bauaufsichtsbehörde erteilt. Im Januar 2016 stellte die Antragsgegnerin zu 1 zunächst einen Antrag auf Verlängerung der Baugenehmigung. Am 27.01.2016 beantragte die Antragsgegnerin zu 1 dann eine Änderung der Baugenehmigung. Die diesem Antrag zugrunde liegenden Planungsunterlagen wurden von der Architektin W. erstellt, die den Änderungsantrag bei der unteren Bauaufsichtsbehörde einreichte. Auf den Bauplänen ist die Antragsgegnerin zu 1 als Bauherr und die Beigeladene als „Realisierer" ausgewiesen. Mit Bescheid vom 21.04.2016 erteilte das Landratsamt U. der Antragsgegnerin zu 1 die beantragte geänderte Baugenehmigung. Gegenstand der Änderung waren das Maß der baulichen Nutzung, eine geänderte Außenfassade sowie eine geänderte Raumaufteilung. Mit Schreiben vom 23.06.2016 teilte der Geschäftsführer der Beigeladenen, Herr Ki., dem Landratsamt U. einen Bauherrenwechsel von der Antragsgegnerin auf die Beigeladene mit und verwies hinsichtlich etwaiger bautechnischer Nachforderungen auf das Planungsbüro W. & Ki. als Ansprechpartner. Hierbei handelt es sich um eine GbR, die gemeinsam von der Architektin W. und ihrem Ehemann, dem Geschäftsführer und Gesellschafter der Beigeladenen, Herrn Ki., betrieben wird.

Eigentümerin des Grundstücks, auf dem das streitgegenständliche Hotel errichtet werden sollte, war der Antragsgegner zu 2. In einem Grundstückskaufvertrag vom 16.03.2016, UR-Rolle Nr. 450/2016 der Notarin Be., zwischen dem Antragsgegner zu 2, vertreten durch die Landesentwicklungsgesellschaft L., und der Beigeladenen über das streitgegenständliche Grundstück in B. mit einer Größe von 9.851 m² kaufte die Beigeladene die Immobilie zu einem Kaufpreis von … € und einem Quadratmeterpreis von 60,00 €. In § 9 des Vertrages (Nutzungsverpflichtung, Rückübertragungspflicht) ist in Abs. 1 geregelt, dass der Verkauf zum Zweck der Errichtung eines Kurhotels erfolgt, wobei das Vorhaben bis zum 30.06.2017 umgesetzt werden soll. In Abs. 2 Satz 1 verpflichtet sich die Beigeladene für den Fall, dass die in Abs. 1 zugesagten Maßnahmen nicht innerhalb der vereinbarten Frist durchgeführt werden oder hiervon wesentlich abgewichen wird, die Immobilie unmittelbar nach deren dahingehendem Verlangen auf den Antragsgegner zu 2 als Verkäufer zurückzuübertragen.

In einem weiteren notariellen Vertrag vom 16.03.2016, UR-Nr. 451/2016 der Notarin Be. zwischen der G. „auf ausdrückliche Anweisung der Stadt B. als unmittelbare

1 VergabeR 2018, 137, in diesem Heft.

und mittelbare Gesellschafterin der G.“ und der Beigeladenen verpflichtete sich die Beigeladene, „auf dem Flurstück 89/72 der Flur … ein Hotel zu errichten“ (§ 2 Satz 1). Ferner enthält der Vertrag die Verpflichtung der Beigeladenen, zwischen dem Hotel und der gegenüberliegenden Therme, die der Antragsgegnerin zu 1 gehört, einen Bademantelgang zu errichten und zuvor diesen Verbindungsgang zu projektieren sowie eine entsprechende Baugenehmigung einzuholen.

Die G. verpflichtete sich gegenüber der Beigeladenen, den dem Antragsgegner zu 2 geschuldeten Grundstückskaufpreis (… €) gegenüber der L. vorzufinanzieren (§ 1 Abs. 2 Satz 2).

Der vorfinanzierte Kaufpreis soll dadurch verrechnet werden, dass die Beigeladene der G. oder einer von dieser benannten städtischen Gesellschaft eine bebaubare und vermarktbare Teilfläche mit einer Mindestbreite von 23 m von dem Flurstück 89/72 überträgt und die Kosten der Projektierung und Errichtung des Bademantelganges trägt und der verbleibende Restbetrag von der Beigeladenen erstattet wird (§ 4). Ferner ist in dem Vertrag vorgesehen, zur Sicherung des vorfinanzierten Kaufpreises eine Auflassungsvormerkung zugunsten der G. an dem streitgegenständlichen Grundstück in das Grundbuch einzutragen (§ 5 Abs. 1). Des Weiteren hat die G. der Beigeladenen das Recht eingeräumt, den errichteten Bademantelgang zu benutzen und auch durch Dritte benutzen zu lassen (§ 6 Abs. 1). Zur Sicherung dieses Nutzungsrechts hat die G. die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Beigeladenen an den bewilligt und beantragt, wobei die Antragsgegnerin zu 1 als Eigentümer dieser Grundstücke in gesonderter Form den Eintragungsantrag und die Eintragungsbewilligung erklären wird (§ 7). Schließlich haben die Vertragsparteien bewilligt und beantragt, am Flurstück Nr. 89/72 der Flur … zugunsten der G. eine persönliche Dienstbarkeit einzutragen mit dem Inhalt, dass die G. berechtigt ist, den Bademantelgang unmittelbar an das Hotel anzubauen und zu betreiben (§ 8).

Am 20.09.2016 erfolgte die Eintragung des Eigentümerwechsels vom Antragsgegner zu 2 auf die Beigeladene, sowie der Auflassungsvormerkung und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der G.

Am 21.09.2012 erließ die A. zugunsten der Beigeladenen einen Zuwendungsbescheid über … € für die Errichtung eines Vier-Sterne Hotels in B. Als Maßnahmezeitraum wurde die Zeit vom 01.07.2012 bis zum 31.12.2013 festgesetzt. Der in dem Bescheid genannte Investitions- und Finanzierungsplan geht von einem Volumen in Höhe von … € aus. Weiter heißt es in dem Bescheid, ein Antrag auf Verlängerung des Maßnahmezeitraums sei rechtzeitig einzureichen. Auflage war, dass 46 Dauerarbeitsplätze und 4 Ausbildungsstellen geschaffen werden. Es wurde zudem der Nachweis gefordert, dass im 3, 4. und 5. Jahr nach Maßnahmeende mehr als 50 % des Umsatzes der Betriebsstätte mit eigenen Übernachtungsgästen erzielt wird. Am 13.07.2016 erging durch die A. zugunsten der Beigeladenen ein Änderungsbescheid zu dem Zuwendungsbescheid vom 21.09.2012, der durch Bescheide vom 07.01.2014, 09.12.2014 und 23.12.2015 geändert worden war. Aus diesem Änderungsbescheid geht u.a. hervor, dass die Beigeladene der A. mitgeteilt habe, dass zum 22.12.2015 ein Gesellschafterwechsel stattgefunden habe, die Gesellschaftsanteile von der D. GmbH und Herrn Ki. übernommen worden seien und die D. GmbH die Errichtung des Hotels im Rahmen eines Generalübernehmervertrages vornehmen werde.

Die Antragstellerin hat die Ansicht vertreten, die Antragsgegnerin zu 1 habe einen Bauauftrag an die Beigeladene erteilt, der ausschreibungspflichtig gewesen sei. Es habe ein Zusammenwirken mit der L. gegeben, um die vergaberechtlichen Vorgaben zu umgehen. Die Antragstellerin hat ferner vorgetragen, die von ihr behauptete Vergabe der Planungsleistungen an die Architektin W. und die von ihr behauptete Vergabe des Bauauftrags stünden in einem untrennbaren Zusammenhang, so dass beide Nachprüfungsverfahren zusammengelegt werden müssten.

Die Antragsgegnerin zu 1 hat ausgeführt, sie habe niemals vorgehabt, selbst ein Hotel neben der Therme zu errichten oder für sich errichten zu lassen.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag als offensichtlich unzulässig verworfen und den Antrag auf Akteneinsicht abgelehnt. So sei der für eine Entscheidung über die „Zulässigkeit tatsächlich zutreffende Sachverhalt ein wesentlich anderer […], als die [Antragstellerin] mit ihrem Nachprüfungsakte darzustellen versucht“ habe. Der Antragstellerin fehle es an der erforderlichen Antragsbefugnis, da der streitgegenständliche Auftrag nicht als öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 Abs. 1 und 3 GWB einzuordnen sei. Auch seien die Behauptungen der Antragstellerin pauschal und unsubstantiiert. Es würden Vorwürfe ins Blaue hinein erhoben.

Das Vorgehen gegen den Antragsgegner zu 2, den Freistaat T., vertreten durch die L., sei unzulässig. Das im Verlaufe des Nachprüfungsverfahrens gestellte Begehren der Antragstellerin, den Freistaat T., vertreten durch die L., als weiteren Antragsgegner in das Verfahren einzubeziehen, sei eine unzulässige Parteierweiterung. Der Antragsgegner zu 2 habe der Parteierweiterung nicht zugestimmt. Sie sei auch nicht sachdienlich.

Mit ihrer sofortigen Beschwerde rügt die Antragstellerin, die Vergabekammer habe zu Unrecht den Nach-

prüfungsantrag als unzulässig qualifiziert. Die Antragsbefugnis sei gegeben. Auch sei der Vortrag hinreichend substantiiert. Mangels Akteneinsicht habe die Vergabekammer keine überzogenen Anforderungen an den Vortrag stellen können. Das Vorgehen gegen den Antragsgegner zu 2 stelle auch keine unzulässige Parteierweiterung dar. In der Sache wiederholt und vertieft die Antragstellerin ihren Vortrag vor der Vergabekammer. Sie ist wie im Nachprüfungsverfahren der Ansicht, die Vergabe der Planungsleistungen und des Bauauftrags stünden in einem untrennbaren Zusammenhang. Betrachte man die den beiden Vorgängen zugrunde liegenden Sachverhalte im Ganzen, ergebe sich, dass die Antragsgegnerin zu 1 und der Antragsgegner zu 2 im Verbund mit der städteeigenen G. zusammengewirkt hätten, um für die Realisierung des Hotelprojekts vergaberechtswidrig Planungsleistungen an die Beigeladene und einen Bauauftrag an die R. GmbH zu vergeben. Deshalb hätte die Vergabekammer dem Antrag auf Zusammenlegung der Nachprüfungsverfahren entsprechen müssen. Wenigstens müsse aber der Senat die beiden Beschwerdeverfahren zusammenlegen. Im Übrigen vertritt die Antragstellerin die Ansicht, der Zuwendungsbescheid der A. zugunsten der Beigeladenen sei rechtswidrig ergangen.

Die Antragstellerin beantragt, die Entscheidungen der Vergabekammer: Beschl. v. 21.07.2016 Aktenzeichen… /2016-E-015-… zugestellt am 23.07.2016, Beschl. v. 21.07.2016 Aktenzeichen: …/2016-E-014-…, aufzuheben und festzustellen, dass der im Rahmen des städtischen Hotelbauprojektes in B., Gemarkung: B., Flur …, Flurstück 89/72, 89/80, 89/2, 96/3, erteilte Bauauftrag unwirksam ist.

Ferner beantragt die Antragstellerin, festzustellen, dass die Miterteilung der Planungs- und Bauaufträge für das Kurhotel durch die mit eingebundene L. rechtswidrig ist.

Hilfsweise beantragt die Antragstellerin, festzustellen, dass die Antragsgegnerin Planungs- und Bauaufträge für die Errichtung des Hotels vergaberechtswidrig erteilt hat.

Die Antragsgegnerin zu 1 beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin zu 1 verteidigt den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer. Sie trägt vor, bereits mit Schreiben vom 10.03.2016 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ein privater Investor das Objekt errichte und die Erteilung von Bauaufträgen allein Aufgabe des Investors sei. Im weiteren Verlauf des Schriftwechsels sei die Antragstellerin darüber informiert worden, dass die Flächen im Eigentum der L. stünden, die diese Flächen für die geplante Nutzung durch einen späteren Investor vorbereitet habe. Investor und späterer Bauherr sei die Beigeladene, was die Antragstellerin wisse.

Die Antragsgegnerin zu 1 trägt vor, ihr sei es erst im Verlauf des Jahres 2015 gelungen, Herrn Ki. dafür zu gewinnen, dass die Beigeladene das Hotel nicht nur betreibt, sondern es auch als Investor errichtet. Herr Ki. habe gemeinsam mit einem anderen Unternehmen von Herrn R. die Anteile an der Beigeladenen übernommen. Vor diesem Hintergrund habe die Architektin W. – die Ehefrau von Herrn Ki. und mit ihm Inhaberin des Planungsbüros Ki. & W. GbR – für die Beigeladene die Umplanung des Hotelprojekts übernommen und habe die Antragsgegnerin zu 1 Ende Januar einen Antrag auf Änderung der Baugenehmigung gestellt. Aus den Bauplänen sei deutlich geworden, dass die Beigeladene „Realisierer" des Bauvorhabens sei. Folgerichtig sei später dann auch der unteren Bauaufsichtsbehörde der Bauherrenwechsel von der Antragsgegnerin zu 1 auf die Beigeladene angezeigt worden.

Es treffe zu, dass die Antragsgegnerin zu 1 zunächst im Baugenehmigungsverfahren als Bauherrin aufgetreten sei. Grund hierfür sei jedoch gewesen, dem Investor einen bereits genehmigungsreifen Entwurf präsentieren zu können, was für diesen unter Zeitersparnisgesichtspunkten und vor allem deshalb von Interesse gewesen sei, weil bei einer öffentlich-rechtlichen Antragstellung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 Thüringer Verwaltungskostengesetz (ThürVwKostG) keine Baugenehmigungsgebühren anfielen.

Der Antragsgegner zu 2 beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Der Antragsgegner zu 2 verteidigt den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer. Er hält den gegen ihn gerichteten Antrag für unvollständig und aus sich heraus nicht verständlich und deshalb für unzulässig. Inhaltlich trägt der Antragsgegner zu 2 vor, er habe keinen Bauauftrag an die Beigeladene erteilt. Es gebe keine vertragliche Verpflichtung der Beigeladenen dem Antragsgegner zu 2 gegenüber, das Hotel zu errichten. Vielmehr enthalte der notarielle Vertrag lediglich einen Rückübertragungsanspruch des Antragsgegners zu 2 für den Fall, dass das Hotel nicht gebaut werde. Dies solle gewährleisten, dass das Grundstück nicht zweckentfremdet vermarktet werde und es dem Antragsgegner zu 2 ermöglicht werde, das Grundstück entsprechend der Zweckbindung einem anderen Investor zur Verfügung zu stellen. Im Übrigen beruft er sich darauf, dass er mit den Flurstücken 89/80, 89/2 und 96/3 überhaupt nichts zu tun habe. Lediglich das Flurstück 89/72 habe in seinem Eigentum gestanden und sei Gegenstand des notariellen Kaufvertrags zwischen ihm und der Beigeladenen gewesen.

Die Beigeladene beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Aus den Gründen: 1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig.

a) Sie ist innerhalb der 2-Wochen-Frist des § 117 Abs. 1 GWB a.F. – es findet die bisherige Fassung des GWB auf das vorliegende Verfahren Anwendung (§ 186 Abs. 2 GWB) – eingelegt worden. Sie ist auch innerhalb dieser Frist begründet worden (§ 117 Abs. 2 GWB a.F.).

b) Der Vorwurf der Antragsgegnerin zu 1, die sofortige Beschwerde sei möglicherweise deshalb unzulässig, weil die Antragstellerin sich in einem Schriftsatz gegen zwei Beschlüsse der Vergabekammer wende, greift nicht durch. Der Beschwerdeschrift vom 28.07.2016 lässt sich klar entnehmen, dass sich die Antragstellerin gegen beide Beschlüsse der Vergabekammer vom 21.07.2016 wendet, hierbei aber weiter ihr Ziel verfolgt, beide Verfahren zu verbinden.

c) Die Beschwerdebegründung entspricht der Vorgabe des § 117 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GWB. Dem steht nicht entgegen, dass Antrag Nr. 1 in der Beschwerdeschrift unvollständig und dementsprechend unklar und aus sich heraus nicht verständlich ist und die Antragstellerin trotz Hinweises des Senats vom 12.08.2016 in ihrem Schriftsatz vom 06.09.2016, lediglich mitgeteilt hat, dass dann, wenn der Senat ihrem Verbindungsantrag nicht entspreche, sich der Antrag auf S. 2 der Beschwerdeschrift nur auf das Verfahren 2 Verg 3/16 beziehen soll. Erst nach nochmaligem Hinweis des Senats im Termin vom 22.02.2017 ist dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin der Mangel aufgefallen, so dass der Antrag um die fehlenden Worte ergänzt wurde. Es führt jedoch nicht zur Unzulässigkeit der sofortigen Beschwerde, dass der in der Beschwerdeschrift angekündigte Antrag unvollständig war. Denn die Anforderungen des § 117 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GWB sind auch dann eingehalten, wenn sich aus dem Vortrag in der Beschwerdeschrift mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, in welchem Umfang sich der Beschwerdeführer gegen die Entscheidung der Vergabekammer wehrt und welche abweichende Entscheidung er begehrt.[2]

d) Die Auslegung der Beschwerdeschrift ergibt schließlich auch, dass die Antragstellerin als weiteren Beschwerdegegner neben der Antragsgegnerin zu 1 den Freistaat T., vertreten durch die L., ansieht. Die Vergabekammer ist in dem angefochtenen Beschluss nur von einer Zweierkonstellation (Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin zu 1) ausgegangen. Sie hat – so Tenor Nr. 3 des angefochtenen Beschlusses – den „Antrag der Antragstellerin auf Parteierweiterung im anhängigen Nachprüfungsverfahren […] abgelehnt". Dadurch ist die Antragstellerin beschwert und kann über das Beschwerdeverfahren nachprüfen lassen, ob die Antragsablehnung zu Recht erfolgt ist. Auch wenn im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer zeitweise unklar war, gegen wen die Antragstellerin zusätzlich vorgehen wollte, nämlich den Antragsgegner zu 2, vertreten durch die L., oder gegen die L. unmittelbar, ergibt sich doch aus dem Vortrag der Antragstellerin, dass weiterer Antragsgegner die Institution sein soll, die das Baugrundstück an die Beigeladene verkauft hat. Dies war der Antragsgegner zu 2, vertreten durch die L.

2. In der Sache hat die sofortige Beschwerde der Antragstellerin keinen Erfolg.

a) Entgegen der Ansicht der Vergabekammer stellt das im Verlaufe des Nachprüfungsverfahrens erfolgte Vorgehen gegen den Freistaat T., vertreten durch die L., keine unzulässige Parteierweiterung dar. Nach § 108 Abs. 2, Halbs. 1 GWB a.F. muss die Begründung die Bezeichnung des Antragsgegners enthalten. Da die Antragsbegründung nur die Stadt B. als Antragsgegnerin aufweist, setzt die Parteierweiterung in analoger Anwendung des § 263 ZPO voraus, dass der Antragsgegner zu 2 zustimmt oder die Parteierweiterung sachdienlich ist.[3] Die Vergabekammer ist in der angefochtenen Entscheidung davon ausgegangen, dass es an der erforderlichen Sachdienlichkeit fehlt, hat dies jedoch nicht im Einzelnen begründet. Entgegen dieser Ansicht ist von einer Sachdienlichkeit auszugehen. In einem Nachprüfungsverfahren steht der Antragsteller oftmals vor dem Problem, den Sachverhalt nur bruchstückhaft zu kennen. Von daher muss es ihm auch möglich sein, im laufenden Verfahren nach Erlangung weiterer Informationen durch die Gegenseite seinen Antrag anzupassen und ggf. auch einen weiteren Antragsgegner ins Verfahren zu ziehen.

b) Der Vorwurf der Vergabekammer, die Antragstellerin habe Behauptungen ins Blaue aufgestellt, ist nicht völlig von der Hand zu weisen. Gleichwohl hat die Vergabekammer zu hohe Anforderungen an die Begründung des Nachprüfungsantrags gestellt. Es trifft zu, dass sich der Vortrag der Antragstellerin in zahlreichen Punkten auf Vermutungen stützt und auch teilweise widersprüchlich vorgetragen wird. Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin mangels Akteneinsicht zum Zeitpunkt der Antragstellung und der Beschwerdeeinlegung keine Kenntnis vom Inhalt des notariellen Kaufvertrags zwischen dem Antragsgegner zu 2 und der Beigeladenen sowie von der notariellen Vereinbarung zwischen der G. und der Beigeladenen hatte. Zudem hat die Antragstellerin ihren Vortrag auf Tatsachen gestützt,

2 Vgl. Ulbrich, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 172 GWB Rdnr. 25.

3 Vgl. Summa, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 161 GWB Rdnr. 28; Breiler, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 2016, § 73 GWB Rdnr. 12.

die es zumindest ohne Kenntnis der Hintergründe nahelegten, dass die Antragsgegnerin zu 1 durch ein privates Unternehmen das Hotel neben der Therme errichten lässt. So ist die Antragsgegnerin zu 1 auch im Rahmen ihres Antrags auf Änderung der Baugenehmigung zumindest formal als Bauherr aufgetreten und hat dann auch von der unteren Bauaufsichtsbehörde den von ihr beantragten Verwaltungsakt erhalten.

c) Wie der Senat bereits im Termin vom 22.02.2017 ausgeführt hat, ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zu überprüfen, ob die zugunsten der Beigeladenen ergangenen Bescheide der A. rechtmäßig sind. Die von der Antragstellerin im Übrigen lediglich angedeuteten subventionsrechtlichen Fragestellungen sind für das Nachprüfungs- und das sich anschließende Beschwerdeverfahren irrelevant. Es geht vorliegend einzig darum, ob die Antragsgegnerin zu 1 und der Antragsgegner zu 2, wie von der Antragstellerin behauptet, der Beigeladenen einen Bauauftrag für die Errichtung des Hotels neben der Therme unter Umgehung der vergaberechtlichen Bestimmungen erteilt haben.

d) Es steht außer Frage, dass die Bauplanung im Zusammenhang mit der beabsichtigten Errichtung des Hotels erfolgte und zudem Bauverträge zu deren Realisierung geschlossen werden müssen. Das ändert aber nichts daran, dass es sich bei der behaupteten Vergabe von Planungsleistungen an die Architektin W. und dem behaupteten Bauauftrag an die Beigeladene um zwei verschiedene Vorgänge handelt, zum einen inhaltlich (Planung; Bauauftrag) und zum anderen personell (Architektin W.; Beigeladene). Dementsprechend kam – entgegen dem Ansinnen der Antragstellerin – eine Verbindung der beiden von ihr betriebenen Beschwerdeverfahren nicht in Betracht. Die getrennte Behandlung beider Vorgänge bedeutet entgegen dem vom Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin erhobenen Vorwurf jedoch nicht, dass der Senat bei seiner rechtlichen Würdigung neben den zwischen dem Antragsgegner zu 2 und der Beigeladenen sowie zwischen dieser und der G. geschlossenen notariellen Verträgen nicht auch die Umplanung des Hotelbaus, die die Architektin W. vorgenommen hat, im Blick hat. Aber auch in der Zusammenschau beider Vorgänge ist kein Vergaberechtsverstoß der Antragsgegnerin zu 1 und des Antragsgegners zu 2 hinsichtlich des behaupteten Bauauftrags an die Beigeladene festzustellen.

e) Ob ein Immobiliengeschäft als öffentlicher (Bau) Auftrag zu werten ist, wird vergaberechtlich unter dem Stichwort „eingekapselte Beschaffung" behandelt.[4] Danach kann grundsätzlich ein Immobiliengeschäft verbunden mit einer erzwingbaren Bauverpflichtung einen Beschaffungsvorgang darstellen, wenn ein eigener Beschaffungsbedarf der öffentlichen Hand gedeckt werden soll. Nach dem mit der Vergaberechtsnovelle 2007 geänderten § 99 Abs. 3 GWB (§ 103 Abs. 3 GWB n.F.) ist aber erforderlich, dass die Beschaffung auf einen dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden Beschaffungszweck gerichtet sein muss. Der EuGH hat in der Entscheidung Helmut Müller[5] klargestellt, dass dies im Einklang mit EU-Recht steht.

Die Beigeladene hat sich dem Antragsgegner zu 2 gegenüber nicht zur Errichtung eines konkreten Hotels in dem Sinne verpflichtet, dass der Antragsgegner zu 2 eine einklagbare Forderung auf Errichtung des Gebäudes hat. Der Grundstücksverkauf erfolgte zum Zwecke der Wirtschaftsförderung. Um die Zweckbindung (Errichtung eines Kurhotels bis zum 30.06.2017) sicherzustellen, sieht der notarielle Kaufvertrag lediglich eine Rückübertragungsverpflichtung für den Fall vor, dass die Beigeladene das Bauvorhaben nicht bis zu diesem Termin umsetzt. Der Antragsgegner zu 2 kann mithin nicht verlangen, dass das Hotel gebaut wird, sondern hat nur die Möglichkeit, das Grundstück zurückzuerwerben, wenn es nicht binnen der vertraglich festgelegten Frist zum Hotelneubau kommt. Dementsprechend verstößt der Abschluss des Grundstückskaufvertrages nicht gegen vergaberechtliche Vorgaben.

Dies gilt auch mit Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.[6] Es ist nicht ersichtlich, dass der Antragsgegner zu 2 bzw. die L. ein spezifisches Interesse daran haben, dass das Hotel errichtet wird. Das allgemeine Interesse der Wirtschaftsförderung, die zu den spezifischen Aufgaben der L. gehört, reicht nicht aus, um wertungsmäßig anhand der Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs von einem Bauauftrag sprechen zu können, den der Antragsgegner zu 2 der Beigeladenen erteilen wollte.

f) Auch der Antragsgegnerin zu 1 gegenüber hat sich die Beigeladene nicht verpflichtet, das Hotel zu errichten. Eine solche Verpflichtung ist die Beigeladene freilich gegenüber der Ba. eingegangen, bei der es sich um eine GmbH handelt, deren Gesellschafterin die Antragsgegnerin zu 1 ist. Diese hat die G. „ausdrücklich angewiesen", den Vertrag zu schließen, wie aus der Präambel der Urkunde hervorgeht. Die Beigeladene hat sich in § 2 Satz 1 der notariellen Vereinbarung gegenüber der G. verpflichtet, „auf dem Flurstück 89/72 der Flur ein Hotel zu errichten" und einen Bademantelgang für die Verbindung mit der von der Antragsgegnerin betriebenen Therme zu projektieren, die Baugenehmigung zu beantragen und den Bademantelgang zu errichten, unter Verrechnung auf den von der G. vorfinanzierten

4 Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, a.a.O., § 103 GWB Rdnr. 47 ff.
5 EuGH, Urt. v. 25..03.2010 – C-451/08, juris Rdnr. 48 ff.
6 EuGH, Entscheidung Helmut Müller, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08.

Kaufpreis für den Erwerb des Grundstücks, auf dem das Hotel entstehen soll.

Gleichwohl reichen diese Regelungen allein nicht aus, um von der Erteilung eines vergaberechtspflichtigen Bauauftrags durch die Antragsgegnerin zu 1 auszugehen.

aa) Soweit die Antragstellerin die Auffassung vertritt, die Antragsgegnerin zu 1 und der Antragsgegner zu 2 hätten der Beigeladenen einen Bauauftrag erteilt, weil die Errichtung des Hotels im öffentlichen Interesse liege und sie – zu Unrecht – gemutmaßt hat, der Grundstückskaufvertrag enthalte eine Bebauungsverpflichtung, genügt dies in dieser Allgemeinheit nicht. Ein lediglich mittelbares wirtschaftliches Interesse oder nur mittelbare wirtschaftliche Vorteile reichen nicht aus, um von einem öffentlichen Bauauftrag ausgehen zu können. Vielmehr muss er im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers liegen.[7] Dabei muss sich aus den Verträgen bzw. den Vertragsbeziehungen auch ergeben, dass das Geschäft entgeltlich ist, denn die Entgeltlichkeit ist ein zusätzliches Kriterium für einen Bauauftrag (§ 99 Abs. 1 GWB).[8] Dabei muss die Gegenleistung nicht ausschließlich in der Bezahlung von Bauleistungen bestehen. Je nach Umfang, kommt auch die Beteiligung der öffentlichen Stelle an den Ausgaben für die zu errichtenden baulichen Anlagen in Betracht.[9] So kann das für die Annahme eines Bauauftrags erforderliche wirtschaftliche Interesse auch in finanziellen Beteiligung des öffentlichen Auftragsgebers an der Erstellung des Bauwerks liegen.[10] Zudem setzt ein Bauauftrag voraus, dass die Bebauung durchsetzbar ist. Es muss sich um eine einklagbare Verpflichtung des Auftragnehmers handeln.[11] Ein weiteres Kriterium ist schließlich, ob die Nutzung des Bauwerks nur nach den Erfordernissen des Auftraggebers möglich ist.[12]

bb) Die Antragsgegnerin zu 1 hat kein solches unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Errichtung des Hotelgebäudes.

(1) Anders als die Antragstellerin meint, wurde die Antragsgegnerin zu 1 nicht allein dadurch zum Auftraggeber eines Bauauftrags, dass sie eine Baugenehmigung für das Hotelprojekt erwirkte. Maßgeblich ist vielmehr, ob sie tatsächlich einen Bauauftrag oberhalb der Schwellenwerte vergeben hat.

Eine Bauherreneigenschaft der Antragsgegnerin zu 1 will die Beschwerdeführerin darin sehen, dass die Übertragung der Baugenehmigung unwirksam sei. Diese Nichtigkeit folge daraus, dass der Grundstückskaufvertrag nichtig sei. Da die Antragsgegnerin zu 1 weiterhin in den Unterlagen als Bauherrin geführt werde, sei sie Bauherrin. Diese Argumentation ist mehrfach unrichtig und geht auch von einem unzutreffenden Sachverhalt aus. Erstens ist der notarielle Grundstückskaufvertrag nicht zwischen der Antragsgegnerin zu 1 und der Beigeladenen geschlossen worden, sondern zwischen dem Antragsgegner zu 2 und der Beigeladenen. Zweites ist dieser Grundstückskaufvertrag nicht nichtig. Drittens wird die Antragsgegnerin zu 1 nicht mehr als Bauherrin geführt. Viertens trifft es auch nicht zu, dass die Grundstückserwerberin, die in Erfüllung der Bauverpflichtung bauen wolle, eine „neue eigene" Baugenehmigung benötige. Die Übertragung einer Baugenehmigung ist verwaltungsrechtlich möglich. Bei einer Baugenehmigung handelt es sich um einen objektbezogenen Verwaltungsakt. Deshalb ist ein Wechsel in der Person des Bauherrn möglich.[13]

(2) Die Antragsgegnerin war zu keinem Zeitpunkt Eigentümerin des Baugrundstücks und wird dies auch nicht. Vielmehr hat die Beigeladene das Eigentum an dem Grundstück erworben, auf dem das Hotel errichtet wird. Sie wird damit auch Eigentümerin des Hotelgebäudes (§§ 93, 94 Abs. 1 Satz 1 BGB).

(3) Nach den vertraglichen Regelungen zwischen der G. und der Beigeladenen steht der Antragsgegnerin zu 1 auch kein Nutzungsrecht an dem Hotel zu. Unabhängig davon, dass der Betrieb eines Hotels ohnehin nicht zur Daseinsvorsorge gehört, hat die Antragsgegnerin zu 1 weder Einfluss auf die Ausgestaltung des Hotels noch stehen ihr irgendwelche Nutzungs- oder Belegungsrechte zu. Nach dem notariellen Vertrag zwischen der G. und der Beigeladenen hat sich diese gegenüber der G. verpflichtet, „auf dem Flurstück 89/72 der Flur … ein Hotel zu errichten" (§ 2 Abs. 1 Satz 1). Der Vertrag enthält aber keinerlei Angaben darüber, welchen Umfang das Hotel haben und mit welcher Ausstattung es versehen sein soll. Anders als beim Bademantelgang, der auf dem Grundstück der Antragsgegnerin errichtet werden soll und über dessen Ausgestaltung der notarielle Vertrag in § 2 Abs. 3 Vorgaben erhält, ist in Abs. 1 lediglich die Verpflichtung verankert, dass ein Hotel auf dem Flurstück 89/72 zu errichten ist, das einen Zugang zum Thermalbad erhalten soll. Konsequenterweise enthält § 2 deshalb auch nur hinsichtlich der Kosten, die mit der Errichtung des Bademantelganges entstehen werden, eine Verpflichtung der Vertragsparteien, sich miteinander ab-

7 EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08, juris Rdnr. 54 ff., 58 – Helmut Müller.
8 EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08, juris Rdnr. 47; Urt. v. 18.01.2007 – C 220/05, juris Rdnr. 29 – Auroux; Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 103 Rdnr. 244 ff.
9 EuGH, Urt. v. 18.01.2007 – C 220/05, juris Rdnr. 45.
10 EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08, juris Rdnr. 52.
11 EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08, juris Rdnr. 63.
12 EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08, juris Rdnr. 51.
13 Vgl. zu einer solchen Rechtsnachfolge BVerwG, Urt. v. 28.01.2010 – 4 C 6/08, juris Rdnr. 19, und § 53 Abs. 1 Satz 4 ThürBO.

zustimmen (Abs. 3). Demgegenüber sind die Kosten, die mit der Errichtung des Hotels verbunden sind, allein Sache der Beigeladenen.

(4) Auch der Fördermittelbescheid der A. zwingt die Beigeladene nicht mittelbar dazu, der Antragsgegnerin zu 1 Nutzungsrechte an dem Hotel einzuräumen. Ausweislich des Zuwendungsbescheids soll der Hotelbetreiber Arbeitsplätze schaffen und einen bestimmten Umsatz mit Übernachtungsgästen erzielen. Wie er dieses Ziel erreicht, wird dem Zuwendungsempfänger nicht vorgeschrieben. Insbesondere hat die A. die Beigeladene nicht verpflichtet, beim Betrieb des Hotels auf die Interessen der Antragsgegnerin zu 1 Rücksicht zu nehmen. Zudem erfolgt der Bau und der Betrieb des Hotels ausschließlich auf das eigene wirtschaftliche Risiko der Beigeladenen.

(5) Auch aus dem Umstand, dass die Architektin W. die Umplanung vorgenommen hat und im Rahmen des Antrags der Antragsgegnerin zu 1 auf Änderung der Baugenehmigung mit der unteren Bauaufsichtsbehörde korrespondiert hat, folgt nicht, dass die Antragsgegnerin zu 1 maßgeblichen Einfluss auf die bauliche Ausgestaltung des Hotels genommen hat. Denn aus der gerade auch von der Antragstellerin geforderten Zusammenschau mit dem Sachverhalt, der dem Verfahren 2 Verg 8/16[14] zugrunde liegt und der ebenfalls am 22.02.2017 vor dem Senat verhandelt worden ist, ergibt sich Folgendes: Bereits im Jahre 2012 war die Beigeladene grundsätzlich bereit, das Hotelprojekt neben der Therme zu realisieren. Dies lässt sich dem Zuwendungsbescheid der A. vom 21.09.2012 entnehmen. Hierzu hat die Antragsgegnerin zu 1 im Termin vom 22.02.2017 in der Parallelsache 2 Verg 8/16[15] vorgetragen, der seinerzeitige Gesellschafter der GmbH, Herr R., habe allerdings nur als Betreiber des Hotels fungieren wollen. Das Bauwerk selbst habe hingegen durch noch zu suchende Investoren errichtet werden sollen. Da sich die Suche hingezogen habe, sei der Zuwendungsbescheid verlängert worden. Schließlich habe Herr R. das Interesse an dem Projekt verloren. Die Antragsgegnerin zu 1 habe im Oktober/November 2015 Herrn Ki. kennengelernt. Dieser habe Interesse geäußert, das Projekt zu übernehmen, und zwar nicht nur als Betreiber des Hotels, sondern auch als Investor. Hierzu sei er allerdings nur unter der Voraussetzung bereit gewesen, dass an der Hotelplanung noch Änderungen vorgenommen würden.

Die dem Senat vorliegenden Unterlagen stützen diesen Vortrag der Antragsgegnerin zu 1. Dem Änderungsbescheid der A. vom 13.07.2016 lässt sich u.a. entnehmen, dass die R. GmbH der A. mit Schreiben vom 22.12.2015 einen Gesellschafterwechsel zum 22.12.2015 mitgeteilt hat. Danach war Herr R. ausgeschieden und hatten Herr Ki. und die D. GmbH die Gesellschaftsanteile übernommen. Zudem sollte die D. GmbH die Errichtung des Hotels im Rahmen eines Generalübernehmervertrages vornehmen.

Vor diesem Hintergrund ist der Vortrag der Antragsgegnerin zu 1 und der Architektin W. plausibel, dass Frau W. die Hotelplanung nicht aufgrund eines mit der Antragsgegnerin zu 1 geschlossenen Architektenvertrages abänderte, sondern aufgrund interner Absprachen mit ihrem Ehemann und zudem als Mitgesellschafterin der W. & Ki. GbR.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die modifizierten Planungsunterlagen im Rahmen eines Antrags der Antragsgegnerin zu 1 auf Änderung der Baugenehmigung bei der unteren Bauaufsichtsbehörde eingereicht wurden. Wie sich der vom Senat beigezogenen Bauakte entnehmen lässt, kam es Herrn Ki. sehr darauf an, dass die Baugenehmigung möglichst umgehend erteilt wird. Da die Antragsgegnerin zu 1 froh war, endlich einen Betreiber und Investor gefunden zu haben, der das Hotel neben der Therme baut, war sie daran interessiert, dass die Baugenehmigung zügig erteilt wird. Zudem wurde – wie die Antragsgegnerin zu 1 einräumt – der Weg auch deshalb bewusst gewählt, um der Beigeladenen Baugenehmigungsgebühren zu ersparen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Thüringer VwKostG). Dies ergibt sich auch aus der Bauakte.

Aus den Planungsunterlagen, die als Bauherr die Antragsgegnerin zu 1 auswiesen, geht auch deutlich die Unterscheidung zwischen dem (formalen) Bauherrn, der Antragsgegnerin zu 1, und der Beigeladenen als sog. „Realisierer" hervor. Folgerichtig hat dann auch die Beigeladene in ihrem Schreiben vom 23.06.2016 den Bauherrenwechsel bei der unteren Bauaufsichtsbehörde angezeigt.

(6) Aus den dem Senat vorliegenden Unterlagen ergibt sich an keiner Stelle, dass die Beschwerdegegnerin zu 1 plante, selbst ein Hotel auf dem zunächst noch dem Antragsgegner zu 2 gehörenden Nachbargrundstück zu errichten. Vielmehr ging es darum, mit der Beigeladenen einen Investor und Hotelbetreiber zu gewinnen, der den Vorstellungen der Stadt entspricht, insb. auch die Anbindung der stadteigenen Therme an das Hotel mittels des Bademantelgangs sicherstellt. Um der Beigeladenen als Investorin und künftige Betreiberin des Hotels attraktive Bedingungen zu bieten, erfolgte die Verpflichtung zur Vorfinanzierung des Kaufpreises durch die stadteigene G. sowie die Stellung des Bauantrags durch die Stadt, um – wie die Antragsgegnerin zu 1 in ihrem Schriftsatz vom 09.11.2016 freimütig eingeräumt hat – das Genehmigungsverfahren zu beschleunigen und der Investorin Genehmigungsgebühren zu ersparen. Diese finanziellen Vorteile für die Beigeladene stellen jedoch keine Gegenleistung bzw. kein Entgelt dafür dar, dass die Beigeladene das Hotel neben der Therme errichtet und betrei-

14 VergabeR 2018, 137, in diesem Heft.
15 VergabeR 2018, 137, in diesem Heft.

ben wird. Vielmehr ging es der Antragsgegnerin zu 1 darum, durch attraktive Rahmenbedingungen – bereits vorliegende, geänderte Baugenehmigung; keine Genehmigungsgebühren; Vorfinanzierung des Grundstückskaufpreises – dafür zu sorgen, dass Herr Ki. als neuer Geschäftsführer und Mitgesellschafter der Beigeladenen das Bauvorhaben realisiert, an dem Herr R. als früherer Alleingesellschafter der Beigeladenen das Interesse verloren hatte. Lediglich aus diesem Grunde trat sie nach außen als Bauherrin auf und schaltete die G. zwischen, um für eine Vorfinanzierung des Grundstückskaufpreises sorgen zu können.

(7) Zwar finanziert die G. den Kaufvertrag vor, jedoch lässt sich dem notariellen Vertrag UR-Nr. 451/2016 vom 16.03.2016 nicht entnehmen, dass sich die Antragsgegnerin zu 1 an den Kosten für die Errichtung des Hotels beteiligt. Mittelbar könnte dies zwar durch einen Kaufpreis geschehen, der deutlich unter dem Marktpreis liegt, jedoch ist nicht ersichtlich, dass dies bei den 60,00 €/qm der Fall ist. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die G. den Kaufpreis nur vorfinanziert, der Kaufpreis damit letztlich an den Antragsgegner zu 2 zu entrichten ist. Eine verdeckte Mitfinanzierung der Errichtung des Gebäudes könnte sich allenfalls dann annehmen lassen, wenn die Beigeladene nicht verpflichtet wäre, den Kaufpreis vollständig zu erstatten bzw. wertmäßig über eine Übertragung von Grundstücksflächen und eine Verrechnung mit den Kosten der Errichtung des Bademantelganges Kompensation zu leisten hätte. Dem notariellen Vertrag ist aber zu entnehmen, dass entsprechende Verrechnungen vorgenommen werden, wobei auch hier ein qm-Preis von 60,00 € zugrunde gelegt werden soll.

Gleichwohl werden der Beigeladenen durch die Kaufpreisvorfinanzierung und die Umstände der Beantragung der Baugenehmigung und der Einreichung des Änderungsantrags Vorzüge eingeräumt, die sich wirtschaftlich zu ihren Gunsten bemerkbar machen. Die Zinsvorteile und die Gebühreneinsparung machen gegenüber dem Gesamtvolumen der Bauinvestition jedoch lediglich einen sehr kleinen Anteil aus. Von daher kann darin allenfalls eine sehr geringfügige Beteiligung der Antragsgegnerin zu 1 an den Kosten der Hotelerrichtung gesehen werden.

(8) Einzig bei der Verpflichtung der Beigeladenen, auf dem Grundstück der Antragsgegnerin zu 1 einen Bademantelgang zu errichten, handelt es sich um einen Bauauftrag.

(a) Über die G. finanziert die Antragsgegnerin zu 1 den Bau des Bademantelgangs. Dies geschieht über die Teilverrechnung mit dem Kaufpreiserstattungsanspruch, den die G. aufgrund der Vorfinanzierung gegenüber der Beigeladenen hat. Wegen dieser Verrechnungsabrede steht im Raum, dass die Errichtung des Bademantelgangs entgeltlich erfolgt, ein Indiz für einen Bauauftrag. Dass die Vertragsparteien in der Urkunde vom 16.03.2016 nicht im Einzelnen definiert haben, ob die Beigeladene von der G. für die Errichtung auch einen Werklohn erhalten soll oder ob es lediglich um die Erstattung der Kosten (ohne Gewinn) geht, die der Beigeladenen für die Projektierung, Bauantragstellung und Errichtung des Bademantelganges entstehen, und den neutralen Begriff „Kosten" gewählt haben, lässt beide Möglichkeiten offen. Die Vertragsparteien haben sich auch darauf verständigt, sich hinsichtlich der Kosten vor der Projektierung und Errichtung noch vertraglich abzustimmen (§ 2 Abs. 4 und § 4 Abs. 1 Buchst. b), jeweils auf S. 3 der notariellen Vereinbarung). Allerdings ist anerkannt, dass jede geldwerte Leistung die Entgeltlichkeit zu begründen geeignet ist.[16] Genügend ist insoweit auch ein bloßer Kostenersatz.[17]

(b) Ein vergaberechtswidriges Handeln der Antragsgegnerin zu 1 scheidet aber jedenfalls aus, weil die Kosten für die Errichtung des Bademantelganges weit unterhalb der Schwellenwerte liegen, ab der ein Bauvorhaben europaweit auszuschreiben ist.

Da die sofortige Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist, hat die Antragstellerin die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens nach § 120 Abs. 2 i.V.m. § 78 Satz 2 GWB zu tragen. Dies gilt auch für die außergerichtlichen Kosten der beiden Antragsgegner.[18]

Die Auferlegung der außergerichtlichen Kosten eines Beigeladenen setzt nach § 120 Abs. 2 GWB a.F. i.V.m. 78 Satz 1 GWB voraus, dass dies der Billigkeit entspricht. Das ist dann der Fall, wenn sich der Beigeladene aktiv am Verfahren beteiligt hat, indem er Anträge gestellt oder das Verfahren sonst wesentlich gefördert hat.[19] Das ist vorliegend der Fall. Die Beigeladene ist in der mündlichen Verhandlung vom 22.02.2017 dem Beschwerdeverfahren auf Seiten der Antragsgegner beigetreten. Zudem hat sie den Antrag gestellt, die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wurde nach § 50 Abs. 2 GKG festgesetzt. Dabei hat sich der Senat an dem Volumen des Investitions- und Finanzie-

16 Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht II.2, 5. Aufl. 2014, § 99 GWB Rdnr. 50 m.w.N.

17 EuGH, Urt. v. 19.12.2012 – C-159/11, NZBau 2013, 114 Rdnr. 29 – Lecce.

18 Vgl. Summa, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 175 GWB Rdnr. 62; Wiese, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 182 GWB Rdnr. 64.

19 Vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.05.2008 – Verg W 11/06, juris Rdnr. 18.

rungsplans orientiert, der sowohl dem Zuwendungsbescheid vom 21.09.2012 als auch dem Änderungsbescheid vom 13.06.2016 zugrunde liegt. Von den dort genannten … € ausgehend, ergibt sich in Anwendung des § 50 Abs. 2 GKG ein Beschwerdewert in Höhe von … € (5 % der Bruttoauftragssumme).

Anmerkung:
von Rechtsanwalt Dr. Alexander Herrmann, Fachanwalt für Vergaberecht, München*

Der vorstehende Beschluss – 2 Verg 3/16 – und der nachstehende Beschluss – 2 Verg 8/16[1] – des Thüringer OLG beruhen auf verschiedenen Nachprüfungsverfahren. Gegen die Zurückweisungsentscheidungen der Vergabekammer Thüringen hat die unterlegene Antragstellerin (die Zuordnung des Beschwerdeschriftsatzes zur Antragsgegnerin im zweiten Absatz der Darstellung des Tatbestands in den Gründen dürfte auf einem Versehen basieren) mit einem einheitlichen Schriftsatz sofortige Beschwerde zum OLG erhoben.

Sowohl die prozessuale Sonderkonstellation, als auch die in den Beschlüssen aus den materiellen Fragestellungen gezogenen Schlussfolgerungen rechtfertigen eine nähere Betrachtung:

1. Zu Recht hat der Senat die (nachträgliche) Erweiterung des Nachprüfungsverfahrens von der Antragsgegnerin zu 1) auf die Antragsgegnerin zu 2) als zulässig erachtet.

1.1 Allerdings könnte in Frage gestellt werden, ob diese Einschätzung mit der analogen Anwendung des § 263 ZPO begründet werden kann. Zwar behandelt auch der Bundesgerichtshof die gewillkürte Parteiänderung, also auch den hierzu als Unteralternative anzusehenden Parteibeitritt, grundsätzlich als Klageänderung.[2] Es erscheint jedoch vorzugswürdig, die von der Antragstellerin begehrte nachträgliche Einbeziehung eines zusätzlichen Antragsgegners (der Antragsgegnerin zu 2) als nachträgliche subjektive Klagehäufung anzusehen.

Das Nachprüfungsverfahren beruht insoweit auf im Wesentlichen gleichgelagerten tatsächlichen und rechtlichen Behauptungen.[3] In der hier vorliegenden Konstellation könnte es überdies den Rechtsschutz der Antragstellerin beeinträchtigen, wenn die Einbeziehung der Antragsgegnerin zu 2) von der Zustimmung der Antragsgegnerin zu 1) oder einer Sachdienlichkeitsprüfung abhängen soll. Der Senat vermeidet diese Problematik indes dadurch, dass er die Sachdienlichkeit schon allein darauf stützt, dass es einem Antragsteller möglich sein muss, mit zunehmenden Informationen in einem Nachprüfungsverfahren den Antrag anzupassen (also auch auf einen weiteren Antragsgegner zu erweitern).

Dogmatisch geradliniger wäre es deshalb, eine Einbeziehung des weiteren Antragsgegners als gewillkürte (nachträgliche) Parteierweiterung anzusehen. Hierdurch soll ein weiteres, neues Prozessverhältnis begründet werden. Liegen die Voraussetzungen von § 59 ZPO (analog) vor, sind beide in Anspruch genommenen Antragsgegner Streitgenossen. Anderenfalls liegt ein neuer, selbstständig zu beurteilender und im Hinblick auf den Fristenlauf eigenständig zu bewertender Nachprüfungsantrag gegen einen anderen Antragsgegner vor.

Danach hätte die Antragstellerin, soweit sie ihren Vortrag nicht lediglich ins Blaue hinein erhoben hat, einen zulässigen Nachprüfungsantrag gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 GWB gegen die Antragsgegnerin zu 2) erhoben. Auch wenn das Datum des Nachprüfungsantrages aus dem mitgeteilten Sachverhalt nicht ersichtlich ist, ergibt sich aus dem Datum der angegriffenen Entscheidungen der Vergabekammer (21.07.2016), dass die als maßgeblich behaupteten Handlungen, vor allem der Abschluss des Kaufvertrags mit der Grundstücksübertragung (vom 16.03.2016), nicht länger als sechs Monate vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zurückgelegen haben dürften.

Im Ergebnis ist danach vom Senat auch der gegen die Antragsgegnerin zu 2) gerichtete Nachprüfungsantrag zu Recht als zulässig angesehen und zum Gegenstand der Sachentscheidung gemacht worden.

1.2 Zu Recht ist auch die sofortige Beschwerde als zulässig erachtet worden, obwohl offenbar der Inhalt des in der Beschwerdeschrift gestellten Antrags erst auf mehrmaligen Hinweis des Senats in eine ausreichende Form gebracht worden war.

Wenn schon im Parteiprozess der ZPO das Gericht die Verpflichtung hat, auf sachdienliche Anträge hinzuweisen[4] dürfte dies erst Recht für das dem Amtsermittlungsgrundsatz unterworfene Nachprüfungsverfahren gelten.

Soweit sich aus dem Inhalt des schriftsätzlichen Vortrags eines Antragstellers hinreichend deutlich ergibt, welches Rechtschutzbegehren er verfolgt, insbesondere in welchem Umfang eine Entscheidung der Vergabekammer

---

* ANGERBAUER LINDAUER HAUF RATH Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB.

1 Thüringer OLG, Beschl. v. 15.03.2017 – 2 Verg 8/16, VergabeR 2018, 127, in diesem Heft.

2 BGH, Urt. v. 07.07.1993 – IV ZR 190/92, NJW 1993, 3072 (3073); Greger, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, § 263 ZPO Rdnr. 3; Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, § 91 VwGO Rdnr. 2.

3 Eine ähnliche Konstellation hatte das OLG Düsseldorf in angegriffenen Vergabeverfahren als Klagehäufung gem. § 64 VwGO i.V.m. § 60 ZPO eingeschätzt, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2008 – VII-Verg 23/08, IBR 2008, 405 (407).

4 Vgl. etwa: OLG Saarbrücken, Urt. v. 19.06.2013 – 1 U 210/12, IBRRS 2013, 2090.

angefochten werden soll und welche abweichende Entscheidung begehrt wird, reicht dies somit aus.[5]

2. Inhaltlich hat der Senat unter Prüfung des vorliegenden Sachverhalts vor dem Hintergrund der neugefassten Regelungen und unter Einbeziehung der Leitentscheidung des EuGH zur Ausschreibungspflicht von Grundstücksverkäufen der öffentlichen Hand[6] herausgearbeitet, dass und aus welchen Gründen er in der vorliegenden Konstellation keine ausschreibungspflichtigen Rechtsgeschäfte in Form eines Bauauftrages (so im Verfahren 2 Verg 3/16[7] – dazu 2.1) bzw. Planungsauftrages (so im Verfahren 2 Verg 8/16 – dazu 2.2) angenommen hat.

2.1 Ausgangspunkt für die Betrachtungen des Senats ist die Begrifflichkeit der „eingekapselten Beschaffung".[8] Auf dieser Grundlage prüft der Senat die vom EuGH in seiner Vorabentscheidung vom 25.03.2010[9] ausgestellten Voraussetzungen zur Annahme eines öffentlichen Bauauftrags, die der Gesetzgeber unter Übernahme der Vorgaben aus Art. 2 der Vergaberechtsrichtlinie 2014/24/EU in § 103 GWB kodifiziert hat.

Danach bedarf es zur Annahme eines öffentlichen Bauauftrags einer entgeltlichen vertraglichen Vereinbarung, die im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse für einen öffentlichen Auftraggeber die Ausführung einer Bauleistung zum Inhalt hat.

2.1.1 Zu Recht hat der Senat dazu eine einklagbare Verpflichtung verlangt und nicht das im vorliegenden Fall vereinbarte Rücktrittsrecht der Antragsgegnerin zu 2) gegenüber der Beigeladenen mit der daraus folgenden Rückübertragungsverpflichtung ausreichen lassen.[10]

2.1.2 Ebenso hat der Senat zutreffend der Antragsgegnerin zu 1) kein eigenes unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Errichtung des hier relevanten Hotelgebäudes zugemessen. Die ursprüngliche Bauherreneigenschaft reicht hierzu angesichts der zu unterscheidenden Rechtswirkungen zwischen der Baugenehmigung und der ursprünglichen Grundstückseigentümerschaft nicht aus.

Zutreffend ist das Interesse der Antragsgegnerin zu 2) als nur mittelbar, auf eine Wirtschaftsförderung im allgemeinen Sinne gerichtet, angesehen worden.

2.1.3 Auf dieser Grundlage hat der Senat das vorliegende Projekt im Wesentlichen als Gegenstand eines „Investorenauswahlverfahrens" betrachtet. Die für die vergaberechtliche Einordnung entscheidenden Umstände des Einzelfalls erschienen ihm nicht als ausreichend für die Annahme eines entgeltlichen öffentlichen Bauauftrags.

2.1.4 Soweit der „Bademantelgang" nach Auffassung des Senats (doch) als Gegenstand eines öffentlichen Bauvertrags angesehen wurde, dessen Entgeltlichkeit sich aus der vereinbarten Verrechnungsabrede ergibt, hat dies keine durchschlagende Bedeutung für die Beurteilung des Gesamtgeschäfts mehr gehabt.

Es fällt allerdings schon auf, dass die Intensität der Verpflichtung zur Errichtung des Bademantelgangs im Vergleich zu der in dem Vertrag vom 16.03.2016 aufgenommenen Verpflichtung der Beigeladenen zur Errichtung eines Hotels nach der Sachverhaltsdarstellung des Senats gleichwertig erfolgt war. Auch die Unterschiede im Hinblick auf die vom Senat als entscheidungserheblich betrachtete Frage der Entgeltlichkeit beschränken sich auf Nuancen. Zum einen sollte eine Verrechnung des vorfinanzierten Kaufpreises durch Abtretung einer Grundstücksteilfläche erfolgen, zum anderen sollten die Beigeladenen die Kosten der Projektierung und Errichtung des Bademantelgangs tragen. Vor dem Hintergrund, dass die Zahlung eines Geldbetrags für die Entgeltlichkeit einer Leistung nicht zwingend notwendig ist,[11] erscheint die vom Senat getroffene Abgrenzung nicht in jeder Hinsicht nachvollziehbar. Dass die Verrechnung des vorfinanzierten Kaufpreises allein der Finanzierung des Bademantelgangs dienen sollte, nicht aber (zumindest auch) zur Finanzierung des Hotels, springt nach den mitgeteilten Sachverhaltselementen zumindest nicht ins Auge.

2.1.5 Die umfangreiche Prüfung des Senats lässt darauf schließen, dass die im vorliegenden Fall getroffene Konstruktion in jeder Hinsicht geprüft worden ist. Trotz der dabei erzielten, dem Inhalt des Gesetzes und den Vorgaben der EuGH-Rechtsprechungen entsprechenden Ergebnisse, bleibt dennoch ein (rechtlich nicht fassbares) ungutes Gefühl. Es bezieht sich darauf, dass offenbar Konstruktionen denkbar sind, bei denen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers oder eines Dritten, der nach den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers Bauverträge erfüllt, nicht ausgeschlossen werden kann. Ob die vorliegende Konstellation vor diesem Hintergrund als „Blaupause" für Umgehungsgeschäfte

5 Dies gilt auch – und vor allem – im Hinblick auf die Bezeichnung des richtigen Antraggegners, vgl. dazu: OLG München, Beschl. v. 31.05.2012 – Verg 4/12; OLG Celle, Beschl. v. 24.09.2014 – 13 Verg 9/14, VergabeR 2015, 60.

6 EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – Rs. C 451/08, VergabeR 2010, 441, m. Anm. Schabel.

7 VergabeR 2018, 127, in diesem Heft.

8 Hierzu, neben der vom Senat angeführten Fundstelle bei Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB, § 103 Rdnr. 47, auch: Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 103 Rdnr. 38 m.w.N.

9 EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – Rs. C-451/08, VergabeR 2010, 441, m. Anm. Schabel.

10 Vgl. ebenso: Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 103 GWB, Rdnr. 87.

11 BGH, Beschl. v. 01.02.2005 – X ZB 27/04, VergabeR 2005, 328.

dienen kann, muss daher bezweifelt werden. Es ist davon abzuraten, die Konstellation zu kopieren.

Dies folgt nicht zuletzt daraus, dass der Senat sich für seine Sichtweise auch auf die von ihm als plausibel empfundenen Ausführungen der Antragsgegnerin zu 1) im Verfahren gestützt hat.

2.2 In dem weiteren Verfahren (Az.: 2 Verg 8/16) hat sich der Senat zu der Frage geäußert, ob die Beigeladene von einer der Antragsgegnerinnen mit einem ausschreibungspflichtigen Architektenvertrag beauftragt worden war.

2.2.1 Erneut nimmt der Senat zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen zunächst die internen Beweggründe der Antragsgegnerin zu 1) für seine sodann näher begründete Auffassung, dass ein entgeltlicher, ausschreibungspflichtiger Vertrag insoweit nicht geschlossen worden sein sollte.

2.2.2 Auch hier sind die Ausführungen des Senates zur Trennung der Vertragsverhältnisse und deren personeller Zuordnung grundsätzlich nachvollziehbar; indes basiert die verneinte Annahme eines öffentlichen Auftrages hauptsächlich auf dem Umstand, dass auch im Hinblick auf einen möglichen Architektenvertrag die Darstellungen der Beteiligten als „plausibel" empfunden wurden. Dies betrifft vor allem die Behauptung, dass nicht aufgrund eines mit der Antragsgegnerin zu 1) geschlossenen Vertrags die Hotelplanung abgeändert worden sein soll, sondern allein wegen interner Absprachen mit dem Ehemann der Beigeladenen.

2.2.3 Auf dieser Grundlage kommt der Senat auch hier durch umfangreiche Ausführungen zum konkreten Sachverhalt zur Ausschreibungsfreiheit.

Wie sich aus den Entscheidungsgründen ergibt, hat der Senat dabei auch den von der Antragstellerin vorgebrachten Verdacht in seine Betrachtungen einbezogen, dass beide Komplexe (Bauvertrag/Architektenvertrag) nahelegen, dass bewusst über eine gewählte Vertragskonstruktion versucht worden sei, vergaberechtswidrig Leistungen (hier Planungsleistungen) zu vergeben.

3. Im Ergebnis betreffen die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Jena eine Sonderkonstellation und einen besonderen Einzelfall, in dem es den Beteiligten gelungen war, ihre Motivationslage zur Überzeugung des Senats plausibel so darzustellen, dass der Verdacht einer vergaberechtswidrigen Umgehungsabsicht verneint werden konnte (musste). Von der Übernahme einer derartigen oder einer ähnlichen Konstruktion zum Zusammenwirken der verschiedenen Beteiligten muss nicht zuletzt auch deshalb gewarnt werden, weil mit den Entscheidungen des OLG Jena die dort behauptete Unbefangenheit der Beteiligten aller Voraussicht nach nicht mehr länger glaubhaft gemacht werden kann.

Außerdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Prinzip, nach dem der „effet utile" Umgehungen der Ausschreibungspflichten möglichst verhindern soll, von anderen Gerichten mit kritischerem Blick einer Vergabefreiheit entgegengehalten wird.

Öffentlicher Auftrag; Planungsleistungen; Schwellenwert; Nachprüfungsverfahren; 6-Monats-Frist; Antragsbegründung; Behauptung „ins Blaue hinein"

GWB (a.F.) §§ 99 Abs. 1, 101b Abs. 2, 108 Abs. 2.

1. Wofür ein öffentlicher Auftraggeber eine Planungsleitung letztlich einsetzt und ob er dies überhaupt tut, ist für die Frage, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, nicht entscheidend.

2. Die Nutzung einer Umplanung für den Antrag auf Änderung einer Baugenehmigung begründet keinen öffentlichen Auftrag, wenn die Genehmigung auf einen Investor übertragen werden soll und die Umplanung auf dessen Veranlassung erfolgt ist.

(Leitsätze der Schriftleitung)

Thüringer OLG, Beschl. v. 15.03.2017 – 2 Verg 8/16 – „Hotelbauplanung".

Sachverhalt: Das vorliegende Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren hat die Beauftragung von Architektenleistungen zum Gegenstand.

In ihrem Schriftsatz vom 28.07.2016 hat die Antragsgegnerin sofortige Beschwerde gegen zwei Beschlüsse der Vergabekammer Freistaat T. eingelegt. Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss mit dem Aktenzeichen …/2016-E-014 betrifft einen Nachprüfungsantrag, der einen Bauauftrag zur Errichtung eines Hotels zum Gegenstand hat. Sie wird beim hiesigen Senat unter dem Aktenzeichen 2 Verg 3/16 geführt. Die hiesige sofortige Beschwerde richtet sich gegen den Beschluss mit dem Aktenzeichen …/2016-015-… In diesem Nachprüfungsverfahren geht es um die von der Antragstellerin behauptete Beauftragung von Planungsleistungen der Beigeladenen durch die Antragsgegnerin zu 1 und den Antragsgegner zu 2, die sich auf das zu errichtende Hotel beziehen.

Im Jahre 2012 beantragte die Antragsgegnerin zu 1 eine Baugenehmigung für die Errichtung eines Hotels

neben der von der Antragsgegnerin zu 1 betriebenen Therme in B. Am 18.03.2013 wurde die Baugenehmigung vom Landratsamt U. als untere Bauaufsichtsbehörde erteilt. Im Januar 2016 stellte die Antragsgegnerin zu 1 zunächst einen Antrag auf Verlängerung der Baugenehmigung. Am 27.01.2016 beantragte die Antragsgegnerin zu 1 dann eine Änderung der Baugenehmigung. Die diesem Antrag zugrunde liegenden Planungsunterlagen wurden von der Beigeladenen erstellt, die den Änderungsantrag bei der unteren Bauaufsichtsbehörde einreichte. Auf den Bauplänen ist die Antragsgegnerin zu 1 als Bauherr und die Fa. R. GmbH als „Realisierer" ausgewiesen. Mit Bescheid vom 21.04.2016 erteilte das Landratsamt U. der Antragsgegnerin zu 1 die beantragte geänderte Baugenehmigung. Gegenstand der Änderung waren das Maß der baulichen Nutzung, eine geänderte Außenfassade sowie eine geänderte Raumaufteilung. Mit Schreiben vom 23.06.2016 teilte der Geschäftsführer der R. GmbH, Herr Ki., dem Landratsamt U. einen Bauherrenwechsel von der Antragsgegnerin auf die R. GmbH mit und verwies hinsichtlich etwaiger bautechnischer Nachforderungen auf das Planungsbüro W. & Ki. als Ansprechpartner. Hierbei handelt es sich um eine GbR, die gemeinsam von der Beigeladenen und ihrem Ehemann, dem Geschäftsführer und Gesellschafter der R. GmbH, Herrn Ki., betrieben wird.

Eigentümerin des Grundstücks, auf dem das streitgegenständliche Hotel errichtet werden sollte, war der Antragsgegner zu 2. In einem Grundstückskaufvertrag vom 16.03.2016, UR-Rolle Nr. 450/2016 der Notarin Be., zwischen dem Antragsgegner zu 2, vertreten durch die L., und der R. GmbH über das streitgegenständliche Grundstück in B. mit einer Größe von 9.851 m² kaufte die R. GmbH die Immobilie zu einem Kaufpreis von … € und einem Quadratmeterpreis von 60 €. In § 9 des Vertrages (Nutzungsverpflichtung, Rückübertragungspflicht) ist in Abs. 1 geregelt, dass der Verkauf zum Zweck der Errichtung eines Kurhotels erfolgt, wobei das Vorhaben bis zum 30.06.2017 umgesetzt werden soll. In Abs. 2 Satz 1 verpflichtet sich die R. GmbH für den Fall, dass die in Abs. 1 zugesagten Maßnahmen nicht innerhalb der vereinbarten Frist durchgeführt werden oder hiervon wesentlich abgewichen wird, die Immobilie unmittelbar nach deren dahingehendem Verlangen auf die Verkäuferin zurückzuübertragen.

In einem weiteren notariellen Vertrag vom 16.03.2016, UR-Nr. 451/2016 der Notarin Be. zwischen der G. auf ausdrückliche Anweisung der Stadt B. als unmittelbare und mittelbare Gesellschafterin der G. und der R. GmbH verpflichtete sich die R. GmbH, „auf dem Flurstück 89/72 der Flur … ein Hotel zu errichten" (§ 2 Satz 1). Ferner enthält der Vertrag die Verpflichtung der R. GmbH, zwischen dem Hotel und der gegenüberliegenden Therme, die der Beschwerdegegnerin gehört, einen Bademantelgang zu errichten und zuvor diesen Verbindungsgang zu projektieren sowie eine entsprechende Baugenehmigung einzuholen.

Die G. verpflichtete sich gegenüber der R. GmbH, den dem Antragsgegner zu 2 geschuldeten Grundstückskaufpreis (… €) gegenüber der L. vorzufinanzieren (§ 1 Abs. 2 Satz 2).

Der vorfinanzierte Kaufpreis soll dadurch verrechnet werden, dass die R. GmbH der G. oder einer von dieser benannten städtischen Gesellschaft eine bebaubare und vermarktbare Teilfläche mit einer Mindestbreite von 23 m von dem Flurstück …/… überträgt und die Kosten der Projektierung und Errichtung des Bademantelganges trägt und der verbleibende Restbetrag von der R. GmbH erstattet wird (§ 4). Ferner ist in dem Vertrag vorgesehen, zur Sicherung des vorfinanzierten Kaufpreises eine Auflassungsvormerkung zugunsten der G. an dem streitgegenständlichen Grundstück in das Grundbuch einzutragen (§ 5 Abs. 1). Des Weiteren hat die G. der R. GmbH das Recht eingeräumt, den errichteten Bademantelgang zu benutzen und auch durch Dritte benutzen zu lassen (§ 6 Abs. 1). Zur Sicherung dieses Nutzungsrechts hat die G. die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der R. GmbH an den Grundstücken in der Gemarkung von B., Flur …, Flurstück 89/80 und 91/2 bewilligt und beantragt, wobei die Antragsgegnerin zu 1 als Eigentümer dieser Grundstücke in gesonderter Form den Eintragungsantrag und die Eintragungsbewilligung erklären wird (§ 7).

Schließlich haben die Vertragsparteien bewilligt und beantragt, am Flurstück Nr. 89/72 der Flur … zugunsten der G. eine persönliche Dienstbarkeit einzutragen mit dem Inhalt, dass die G. berechtigt ist, den Bademantelgang unmittelbar an das Hotel anzubauen und zu betreiben (§ 8).

Am 20.09.2016 erfolgte die Eintragung des Eigentümerwechsels vom Antragsgegner zu 2 auf die R. GmbH, sowie der Auflassungsvormerkung und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der G.

Am 21.09.2012 erließ die A. zugunsten der Fa. R. GmbH einen Zuwendungsbescheid über … € für die Errichtung eines Vier-Sterne Hotels in B. Als Maßnahmezeitraum wurde die Zeit vom 01.07.2012 bis zum 31.12.2013 festgesetzt. Der in dem Bescheid genannte Investitions- und Finanzierungsplan geht von einem Volumen in Höhe von … € aus. Weiter heißt es in dem Bescheid, ein Antrag auf Verlängerung des Maßnahmezeitraums sei rechtzeitig einzureichen. Auflage war, dass 46 Dauerarbeitsplätze und 4 Ausbildungsstellen geschaffen werden. Es wurde zudem der Nachweis gefordert, dass im 3, 4. und 5. Jahr nach Maßnahmeende mehr als

50 % des Umsatzes der Betriebsstätte mit eigenen Übernachtungsgästen erzielt wird.

Am 13.07.2016 erging durch die A. zugunsten der R. GmbH ein Änderungsbescheid zu dem Zuwendungsbescheid vom 21.09.2012, der durch Bescheide vom 07.01.2014, 09.12.2014 und 23.12.2015 geändert worden war. Aus diesem Änderungsbescheid geht u.a. hervor, dass die R. GmbH der A. mitgeteilt habe, dass zum 22.12.2015 ein Gesellschafterwechsel stattgefunden habe, die Gesellschaftsanteile von der D. GmbH und Herrn Ki. übernommen worden seien und die D. GmbH die Errichtung des Hotels im Rahmen eines Generalübernehmervertrages vornehmen werde.

Die Antragstellerin hat behauptet, die Antragsgegnerin zu 1 habe vergaberechtswidrig ohne Ausschreibung Architektenleistungen bei der Beigeladenen beauftragt. Aufgrund dieses Auftrags habe die Beigeladene Planungsunterlagen für den von der Antragsgegnerin gestellten Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung betreffend die Errichtung eines 4-Sterne-Kurhotels neben der stadteigenen Therme in B. gefertigt und sie bei der unteren Bauaufsichtsbehörde eingereicht. Die Antragstellerin hat zudem die Auffassung vertreten, die von ihr behauptete Vergabe der Planungsleistungen und die von ihr in dem zweiten Nachprüfungsverfahren behauptete Vergabe des Bauauftrags stünden in einem untrennbaren Zusammenhang, so dass beide Nachprüfungsverfahren zusammengelegt werden müssten.

Die Antragsgegnerin zu 1 hat behauptet, sie habe der Beigeladenen keinen Architektenauftrag erteilt. Sie hat vorgetragen, ihr sei es erst im Verlauf des Jahres 2015 gelungen, die R. GmbH B. als geeignete Investorin für das Hotelprojekt zu gewinnen und habe deshalb im Januar 2016 den Antrag auf Verlängerung der Baugenehmigung gestellt. Die Beigeladene, die als Bauvorlageberechtigte bzw. Entwurfsverfasserin den Bauantrag/Änderungsantrag unterschrieben habe, sei nicht im Auftrag der Beklagten, sondern in eigenem Interesse tätig geworden. Ihr Ehemann sei geschäftsführender Gesellschafter der Investorin R. GmbH. Diese sei mittlerweile Bauherrin. Der Bauherrenwechsel sei der Baugenehmigungsbehörde schriftlich mitgeteilt worden.

Es treffe zu, dass die Antragsgegnerin zu 1 zunächst im Baugenehmigungsverfahren als Bauherrin aufgetreten sei. Grund hierfür sei jedoch gewesen, dem Investor einen bereits genehmigungsreifen Entwurf präsentieren zu können, was für diesen unter Zeitersparnisgesichtspunkten und vor allem deshalb von Interesse gewesen sei, weil bei einer öffentlich-rechtlichen Antragstellung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 Thüringer Verwaltungskostengesetz keine Baugenehmigungsgebühren anfielen.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 21.07.2016 als offensichtlich unzulässig verworfen. Nach Ansicht der Vergabekammer fehle es bereits an der Antragsbefugnis, da der streitgegenständliche Planungsauftrag nicht als öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 Abs. 1 und 3 GWB einzuordnen sei. Ferner sei der Tatsachenvortrag nicht hinreichend substantiiert. Vielmehr habe die Antragstellerin ins Blaue hinein vorgetragen und habe damit ihrer Mitwirkungsobliegenheit (§ 108 Abs. 1 GWB) nicht genügt.

Außerdem habe die Antragstellerin die falschen rechtlichen Schlussfolgerungen aus ihrem Vortrag gezogen. Mangels eigener Kapazitäten und Fähigkeiten sei die Antragsgegnerin zu keinem Zeitpunkt Bauherrin gewesen. Zudem sei die relevante Baugenehmigung für das Bauvorhaben am 27.06.2016 nicht gegenüber der Antragstellerin erteilt worden. Im Übrigen habe sich der von der Antragstellerin behauptete Planungsauftrag bereits dadurch erledigt, dass die erstellten Planungsunterlagen sowohl zur Grundlage eines Baugenehmigungsantrags als auch der daraufhin erteilten Baugenehmigung geworden seien.

Die von der Antragstellerin begehrte Akteneinsicht hat die Vergabekammer als unzulässig angesehen. Eine Zusammenlegung der beiden Nachprüfungsverfahren hat die Vergabekammer mit der Begründung abgelehnt, diese Maßnahme würde eine Umgehung der Vergabevorschriften des vierten Teils des GWB bedeuten.

Das im Verlaufe des Nachprüfungsverfahrens gestellte Begehren der Antragstellerin, den Freistaat T., vertreten durch die L., als weiteren Antragsgegner in das Verfahren einzubeziehen, hat die Vergabekammer abgelehnt. Der Antragsgegner zu 2 habe dieser Parteierweiterung nicht zugestimmt. Sie sei auch nicht sachdienlich.

Mit ihrer sofortigen Beschwerde rügt die Antragstellerin, die Vergabekammer hätte ihren Nachprüfungsantrag nicht verwerfen dürfen. Mangels Akteneinsicht dürften in einem Nachprüfungsverfahren an die Darlegungslast keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Dass die Beigeladene im Auftrag der Antragsgegnerin Architektenleistungen sowohl im Zusammenhang mit der Beantragung der Ausgangsbaugenehmigung als auch mit dem Anfang 2016 gestellten Änderungsantrag erbracht habe, ergebe sich sowohl aus den Bauunterlagen als auch aus dem Baustellenschild.

Die Antragstellerin rügt zudem, dass die Vergabekammer ihrem Antrag nicht entsprochen habe, die beiden Vergabenachprüfungsverfahren zusammenzulegen. Betrachte man die den beiden Vorgängen zugrunde liegenden Sachverhalte im Ganzen, ergebe sich, dass die Antragsgegnerin zu 1 und der Antragsgegner zu 2 zusammengewirkt hätten, um für die Realisierung des Hotelprojekts vergaberechtswidrig Planungsleistungen an die Beigeladene und einen Bauauftrag an die R. GmbH zu vergeben. Im Übrigen vertritt die Antragstellerin die

Ansicht, der Zuwendungsbescheid der A. zugunsten der R. GmbH sei rechtswidrig ergangen.

Die Antragstellerin beantragt, den Beschluss der Vergabekammer vom 21.07.2016 aufzuheben und festzustellen, dass die Antragsgegnerin zu 1., die G. und die L. zusammenwirkend Planungs- und Bauaufträge vergaberechtswidrig erteilt haben.

Die Antragsgegnerin zu 1 beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie trägt vor, die Beigeladene sei nicht im Rahmen eines Planungsauftrages der Beschwerdegegnerin tätig geworden. Vielmehr sei sie in eigener Sache und im eigenen Interesse tätig geworden, da sie mit ihrem Ehemann, dem geschäftsführenden Gesellschafter der Investorin R. GmbH, ein gemeinsames Unternehmen in M. betreibe. Zahlungen der Antragsgegnerin zu 1 an sie habe es folglich nicht gegeben. Die ergänzenden Antragsunterlagen vom 24.02.2016 wiesen zwar die Antragsgegnerin zu 1 als Bauherrin aus, jedoch werde als Realisierer bereits die Investorin genannt, die den Bauherrenwechsel auf sie auch ordnungsgemäß der unteren Bauaufsichtsbehörde schriftlich mitgeteilt habe. Die Antragsgegnerin zu 1 sei demnach nicht mehr Bauherrin des Hotelprojekts und habe auch zu keinem Zeitpunkt Bauaufträge zur Errichtung des Hotels ausgelöst. Die Antragsgegnerin zu 1 sei deshalb im Baugenehmigungsverfahren als Bauherrin aufgetreten, weil sie dem privaten Investor einen bereits genehmigten Entwurf habe präsentieren wollen, was für diesen unter Zeitersparnisgesichtspunkten, aber auch mit Blick auf § 3 Abs. 1 Nr. 3 des Thüringer Verwaltungskostengesetzes von Interesse gewesen sei, weil bei einer öffentlichrechtlichen Antragstellung durch die Antragsgegnerin zu 1 keine Baugenehmigungsgebühren anfielen. Die Antragsgegnerin zu 1 habe auch kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an dem Hotelbau.

Der Antragsgegner zu 2 beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beigeladene beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie trägt vor, weder sie noch die W. & Ki. GbR hätten in Bezug auf die Beantragung der Baugenehmigung im Jahre 2013 in vertraglicher oder tatsächlicher Beziehung zur Antragsgegnerin gestanden. Der Antrag auf Änderung der Baugenehmigung von 2016 habe lediglich die Anpassung der Tektur betroffen. Aber auch insoweit habe es keine Architektenverträge zwischen ihr und der Antragsgegnerin zu 1 oder zwischen dieser und der W. & Ki. GbR gegeben, aus denen Honoraransprüche hergeleitet werden könnten. Auch zur G. gebe es bezüglich von Planungsleistungen kein Auftragsverhältnis.

Aus den Gründen: 1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig.

a) Sie ist innerhalb der 2-Wochen-Frist des § 117 Abs. 1 GWB a.F. – es findet die bisherige Fassung des GWB auf das vorliegende Verfahren Anwendung (§ 186 Abs. 2 GWB) – eingelegt worden. Sie ist binnen dieser Frist auch begründet worden (§ 117 Abs. 2 GWB a.F.).

b) Die sofortige Beschwerde richtet sich sowohl gegen die Antragsgegnerin zu 1 als auch gegen den Antragsgegner zu 2. So hat die Antragstellerin in ihrer Beschwerdeschrift ausdrücklich auch den Antragsgegner zu 2 als Beschwerdegegner benannt. Sie ist in diesem Schriftsatz auch davon ausgegangen, dass ein gemeinsamer Planungs- und Bauauftrag im vergaberechtlichen Sinne vorliege, an dem sowohl die Antragsgegnerin zu 1 als auch der Antragsgegner zu 2 beteiligt seien. Allerdings hat die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 06.09.2016, S. 5, Blatt 86, unter Nr. 11.2. ausgeführt, der Antrag richte sich nicht gegen das Land T. oder die L., da diese „an der Erteilung der Planungsaufträge nicht beteiligt" gewesen seien. Im Widerspruch hierzu hat sie jedoch in ihrem Schriftsatz vom 14.02.2017 erneut betont, die in das Vorhaben eingebundene L. habe die Planungs- und Bauaufträge miterteilt bzw. mit der Antragsgegnerin zu 1 und deren Wohnungsbaugenossenschaft zusammengewirkt. Dementsprechend hat die Antragstellerin im Termin vom 22.02.2017 klargestellt, dass sich das Verfahren 2 Verg 8/16 auch gegen den Antragsgegner zu 2, endvertreten durch die L., richte.

2. In der Sache hat die sofortige Beschwerde der Antragstellerin keinen Erfolg.

a) Entgegen der Ansicht der Vergabekammer ist der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Planungsleistungen, die die Beigeladene im Zusammenhang mit der Änderung der Baugenehmigung erbracht hat, nicht unzulässig.

aa) Die Vergabekammer hält den Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Planungsleistungen bereits deshalb für unzulässig, weil die Antragstellerin lediglich „pauschale und unsubstantiierte Behauptungen ‚ins Blaue hinein'" aufgestellt und ihren Antrag somit nicht hinreichend begründet habe. Hierbei hat die Vergabekammer zu hohe Anforderungen an die Begründung des Nachprüfungsantrags gestellt. Zwar trifft es zu, dass sich der Vortrag der Antragstellerin in zahlreichen Punkten auf Vermutungen stützt und auch teilweise widersprüchlich vorgetragen wird. Das ändert aber nichts daran, dass die Antragstellerin ihren Vortrag auf Tatsachen gestützt hat, die es zumindest ohne Kenntnis der Hintergründe nahelegen, dass die Antragsgegnerin zu 1 der Beigeladenen Planungsleistungen in Auftrag gegeben hat. So hat die Beigeladene Umplanungen für den Hotelbau vorgenom-

men, als dessen Bauherrin die Antragsgegnerin gegenüber der unteren Bauaufsichtsbehörde aufgetreten ist. Die Beigeladene ist zudem in dem Verfahren zur Änderung der Baugenehmigung gegenüber dem Landratsamt U. als „Bauvorlageberechtigter/Entwurfsverfasser" aufgetreten. Die Antragsgegnerin hat dann auch die von ihr beantragte Änderung der Baugenehmigung erhalten.

bb) Ferner hat die Vergabekammer angenommen, der streitgegenständliche Planungsauftrag sei nicht als „öffentlicher Auftrag" i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB a.F. einzuordnen. Die Vergabekammer geht dabei davon aus, dass ein öffentlicher Auftrag nur dann vorliegt, wenn die Planungsleistung zu Aufträgen an Dritte führen soll. Von dieser Prämisse ausgehend, folgert sie, dass kein öffentlicher Auftrag vorliegen könne, da die Antragstellerin nie eine solche Beschaffungsleistung (Aufträge an Dritte) vorgehabt habe. Diese Argumentation trifft jedoch nicht zu. Wofür ein öffentlicher Auftraggeber eine Planungsleistung letztlich einsetzt und ob er dies überhaupt tut, ist nicht entscheidend für die Frage, ob er die Vergabe der Planungsleistung öffentlich ausschreiben muss.

cc) Zudem ist die Vergabekammer bei ihrer Entscheidung insoweit von falschen Voraussetzungen ausgegangen, als sie damit argumentiert, die „relevante Baugenehmigung für das v.g. Bauvorhaben [sei] erst am 27.06.2016 und zudem auch nicht gegenüber der Stadt B. erteilt worden". Es trifft zwar zu, dass der Änderungsbescheid vom 27.06.2016 stammt, Adressat war jedoch die Antragsgegnerin zu 1. Die sich anschließenden Ausführungen der Vergabekammer zu dem Umstand, dass der Antragsgegnerin zu 1 eine Baugenehmigung erteilt worden ist, betreffen – anders als die Vergabekammer meint – nicht die Zulässigkeit, sondern die Begründetheit des Nachprüfungsantrags.

dd) Unzulässig ist der Nachprüfungsantrag insoweit, als es um Planungsleistungen geht, die für die Antragsgegnerin zu 1 im Rahmen der im Jahre 2013 erteilten Baugenehmigung erbracht worden sind. Hierauf hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 07.10.2016 mit Blick auf § 101b Abs. 2 GWB a.F. hingewiesen. Aufgrund der Ausschlussfrist des § 101b Abs. 2 GWB kann die Unwirksamkeit des Vertrages nach Abs. 1 „nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss" geltend gemacht werden. Bieter und Bewerber können einen Vertrag nach Ablauf von sechs Monaten nach Zuschlag nicht mehr angreifen. Damit tritt spätestens nach sechs Monaten Rechtssicherheit ein.[1]

Allerdings will die Beschwerdegegnerin auch nicht die Feststellung erreichen, dass der Vertrag unwirksam ist, sondern dass die Antragsgegnerin zu 1., die G. und die L. zusammenwirkend Planungs- und Bauaufträge vergaberechtswidrig erteilt haben. Aber auch unter diesem Gesichtspunkt ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit er die Planungsleistungen für die Erteilung der ersten Baugenehmigung im Jahre 2013 betrifft. Grundsätzlich ist ein nach Zuschlagserteilung bei der Vergabekammer eingehender Nachprüfungsantrag unzulässig. Er ist hingegen ausnahmsweise dann zulässig, wenn der Antragsteller zugleich die Unwirksamkeit (insbesondere nach § 101b GWB) oder Nichtigkeit (§§ 134, 138 BGB) des Vertragsschlusses geltend macht.[2] Dies ist jedoch vorliegend gerade nicht der Fall. Die Beschwerdeführerin rügt eine rechtswidrige Vergabe. Von einer Nichtigkeit geht sie jedoch nicht aus, kann es auch nicht, da die 6-Monats-Frist bereits abgelaufen ist.

Unabhängig davon haben die Antragsgegnerin zu 1 und die Beigeladene im Termin vom 22.02.2017 auch in Abrede gestellt, dass die Beigeladene mit der Planung, die zu der Baugenehmigung vom 18.03.2013 geführt hat, befasst war. Sie haben im Einzelnen dargelegt, dass die Beigeladene erstmals mit der Antragsgegnerin zu 1 zu tun gehabt habe, nachdem Herr Ki., ihr Ehemann, im Oktober/November 2015 mit der Antragsgegnerin zu 1 in Kontakt gekommen sei.

ee) Der Schwellenwert für die Ausschreibungspflicht bei Architektenleistungen betrug ab dem 01.01.2012 200.000,00 € und liegt seit dem 01.01.2016 bei 209.000,00 € (vgl. die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 vom 30.11.2011 i.V.m. § 1 Abs. 2 VOF 2009).[3] Die Antragstellerin nimmt für das Bauvorhaben einen Bruttoauftragswert von mehr als Mio. € an und geht davon aus, dass die Architektenleistungen mit 15 % des Bruttoauftragswerts zu bemessen sind. Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin zu 1 hat in seinem Schriftsatz vom 09.08.2016 ausgeführt, dass für die Planungsleistungen … € in Ansatz zu bringen seien. Von daher ist für die Frage, ob das Nachprüfungsverfahren zulässig ist, von einer Überschreitung des erforderlichen Schwellenwerts auszugehen.

b) Entgegen der Ansicht der Antragstellern hat die Antragsgegnerin zu 1 nicht vergaberechtswidrig mit der Beigeladenen einen Architektenvertrag geschlossen, der die Beigeladene verpflichtete, gegen Honorar die Umplanung oder – wie von der Antragstellerin behauptet – die völlige Neuplanung des Hotelbaus vorzunehmen. Die Antragsgegnerin zu 1 und die Beigeladene haben im Termin vom 22.02.2017 in sich nachvollziehbar dargelegt, weshalb die Antragsgegnerin zu 1 im Jahre 2012 die Baugenehmigung für die Errichtung des Hotels beantragte

1 Zeiss, in: jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 101b GWB, Rdnr. 46.
2 Summa, in: jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 114 GWB, Rdnr. 95.
3 S.a. Webeler, in: jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 1 VOF 2009 Rdnr. 31.

und was sie bewegte, am 27.01.2016 auf Grundlage der Umplanungen der Beigeladenen eine Änderung der Baugenehmigung bei der unteren Bauaufsichtsbehörde zu beantragen. Dieser Vortrag lässt sich widerspruchslos mit den dem Senat vorliegenden Unterlagen vereinbaren. Hiergegen hat der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin im Termin vom 22.02.2017 letztlich nur eingewandt, ein anderes Bild würde sich ergeben, wenn man beide Nachprüfungsverfahren miteinander verbinde. Dann werde deutlich, dass die Antragsgegnerin zu 1, ihre Wohnungsbaugenossenschaft sowie der Antragsgegner zu 2 ganz bewusst über die gewählten Vertragskonstruktionen versucht hätten, vergaberechtswidrig Planungsleistungen an die Beigeladene und den Bauauftrag an die R. GmbH zu vergeben. Zudem hätte die A. den Zuwendungsbescheid nicht zugunsten der R. GmbH ausreichen dürfen.

aa) Wie bereits im Termin vom 22.02.2017 dargelegt, hat der Senat nicht über die Rechtmäßigkeit der Bescheide der A. zu befinden. Subventionsrechtliche Fragen sind im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen. Vielmehr geht es allein darum, ob die Antragsgegnerin zu 1 und der Antragsgegner zu 2 Planungsleistungen an die Beigeladene vergeben haben und damit gegen vergaberechtliche Vorgaben verstoßen haben könnten.

bb) Es steht außer Frage, dass die Bauplanung im Zusammenhang mit der beabsichtigten Errichtung des Hotels erfolgte und dass Bauverträge zu deren Realisierung erteilt werden müssen. Das ändert aber nichts daran, dass es sich bei der behaupteten Vergabe von Planungsleistungen an die Beigeladene und dem behaupteten Bauauftrag an die R. GmbH um zwei verschiedene Vorgänge handelt, zum einen inhaltlich (Planung; Bauauftrag) und zum anderen personell (Beigeladene; R. GmbH). Dementsprechend kam – entgegen dem Ansinnen der Antragstellerin – eine Zusammenlegung beider Beschwerdeverfahren nicht in Betracht. Die getrennte Behandlung beider Vorgänge bedeutet entgegen dem vom Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin erhobenen Vorwurf jedoch nicht, dass der Senat die zwischen dem Antragsgegner zu 2 und der R. GmbH sowie zwischen dieser und der G. geschlossenen notariellen Verträge ausgeblendet hat. Vielmehr ist auch in der Zusammenschau kein Vergaberechtsverstoß der Antragsgegnerin zu 1 und des Antragsgegners zu 2 hinsichtlich der behaupteten Vergabe von Planungsleistungen an die Beigeladene ersichtlich.

cc) Der Vortrag der Antragsgegnerin zu 1 und der Beigeladenen, wie es dazu kam, dass die Beigeladene die Umplanung des Hotelbauvorhabens vornahm, ist schlüssig. Wie sich aus dem Zuwendungsbescheid der A. vom 21.09.2012 ergibt, wollte die R. GmbH schon seinerzeit das Hotelprojekt realisieren. Dazu hat die Antragsgegnerin zu 1 im Termin vom 22.02.2017 ausgeführt, dass der seinerzeitige Gesellschafter der GmbH, Herr R., lediglich als Betreiber des Hotels fungieren wollte. Das Bauwerk selbst sollte hingegen durch noch zu suchende Investoren errichtet werden. Da sich die Suche hingezogen habe, sei der Zuwendungsbescheid verlängert worden. Schließlich habe Herr R. das Interesse verloren. Die Antragsgegnerin zu 1 habe im Oktober/November 2015 Herrn Ki. kennengelernt. Dieser habe Interesse gehabt, das Projekt zu übernehmen, und zwar nicht nur als Betreiber des Hotels, sondern auch als Investor. Hierzu sei er allerdings nur unter der Voraussetzung bereit gewesen, dass an der Hotelplanung noch Änderungen vorgenommen würden.

Die dem Senat vorliegenden Unterlagen stützen diesen Vortrag der Antragsgegnerin zu 1. Dem Änderungsbescheid der A. vom 13.07.2016 lässt sich u.a. entnehmen, dass die R. GmbH der Aufbaubank mit Schreiben vom 22.12.2015 einen Gesellschafterwechsel zum 22.12.2015 mitgeteilt hat. Danach war Herr R. ausgeschieden und hatten Herr Ki. und die D. GmbH die Gesellschaftsanteile übernommen. Zudem sollte die D. GmbH die Errichtung des Hotels im Rahmen eines Generalübernehmervertrages vornehmen.

Vor diesem Hintergrund ist der Vortrag der Antragsgegnerin zu 1 und der Beigeladenen plausibel, dass die Beigeladene die Hotelplanung nicht aufgrund eines mit der Antragsgegnerin zu 1 geschlossenen Architektenvertrages abänderte, sondern aufgrund interner Absprachen mit ihrem Ehemann und zudem als Mitgesellschafterin der W. & Ki. GbR.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die modifizierten Planungsunterlagen im Rahmen eines Antrags der Antragsgegnerin zu 1 auf Änderung der Baugenehmigung bei der unteren Bauaufsichtsbehörde eingereicht wurden. Wie sich der vom Senat beigezogenen Bauakte entnehmen lässt, kam es Herrn Ki. sehr darauf an, dass die Baugenehmigung möglichst umgehend erteilt wird.

Da die Antragsgegnerin zu 1 froh war, endlich einen Betreiber und Investor gefunden zu haben, der das Hotel neben der Therme baut, war sie daran interessiert, dass die Baugenehmigung zügig erteilt wird. Zudem wurde – wie die Antragsgegnerin zu 1 einräumt – der Weg auch deshalb bewusst gewählt, um der R. GmbH Baugenehmigungsgebühren zu ersparen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Thüringer VwKostG). Dies ergibt sich auch aus der Bauakte.

Aus den Planungsunterlagen, die als Bauherr die Antragsgegnerin zu 1 auswiesen, geht auch deutlich die Unterscheidung zwischen dem (formalen) Bauherrn, der Antragsgegnerin zu 1, und dem „Realisierer“, der R. GmbH, hervor. Konsequenterweise hat dann auch

die R. GmbH mit Schreiben vom 23.06.2016 den Bauherrenwechsel bei der unteren Bauaufsichtsbehörde angezeigt.

dd) Auch aus dem notariellen Vertrag zwischen der G. und der R. GmbH vom 16.03.2016 lässt sich keine vergaberechtswidrige Beauftragung von Architektenleistungen durch die Antragsgegnerin zu 1 herleiten. Unabhängig davon, dass die Antragsgegnerin zu 1 selbst nicht Vertragspartner war, sondern nur mittelbar beteiligt war, indem sie als Gesellschafterin auf die G. einwirkte, verpflichtet der Vertrag nur die R. GmbH, den Bademantelgang zu projektieren, die erforderliche Baugenehmigung einzuholen und den Verbindungsgang dann zu errichten. Die notarielle Vereinbarung begründet keine vertraglichen Verpflichtungen im Verhältnis zwischen der G. und der Beigeladenen. Durch wen die R. GmbH den Bademantelgang planen lässt, ist für das vorliegende Beschwerdeverfahren irrelevant. Das Innenverhältnis zwischen der R. GmbH und der Beigeladen bzw. der Ki. & W. GmbH schlägt nicht auf die Vertragsbeziehung zwischen der G. und der R. GmbH durch. Im Übrigen ist davon aus zugehen, dass sich die Kosten für die Planung des Bademantelgangs weit unterhalb des vergaberechtsrelevanten Schwellenwerts bewegen.

c) Der Antragsgegner zu 2 hatte mit den Planungsleistungen der Beigeladenen nichts zu tun. Er hat der R. GmbH das Grundstück verkauft, auf dem das Hotel errichtet werden soll. In dem notariellen Kaufvertrag ist zwar in § 9 eine Zweckbindung vereinbart, jedoch wird nur allgemein von der Errichtung eines Kurhotels gesprochen. Es wird nicht auf eine konkrete Planung Bezug genommen. Zudem besteht kein Anspruch des Antragsgegners zu 2 auf Errichtung des Hotels. Vielmehr hat der Antragsgegner zu 2 gegenüber der R. GmbH lediglich einen Rückübertragungsanspruch, wenn die Zweckbindung nicht eingehalten wird.

Dass der Antragsgegner zu 2 „an der Erteilung der Planungsaufträge nicht beteiligt" war, hat der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin auf S. 5 seines Schriftsatzes vom 06.09.2016 auch ausdrücklich bestätigt und deshalb seinerzeit betont, sein Antrag, den Beschluss der Vergabekammer vom 21.07.2016, Az. …/2016-E-015-UH, „aufzuheben und festzustellen, dass die Vergabe von Planungsleistungen für die Beantragung der Baugenehmigungen vom 18.03.2013 und 21.04.2016 durch die Antragsgegnerin rechtswidrig ist", richte sich „nicht gegen das Land T. oder die L.". In seinem Schriftsatz vom 14.02.2017 hat er diese Auffassung geändert und ausgeführt, er habe „mehrfach schriftsätzlich vorgetragen, [dass] die Beigeladene L. aus der Sicht der Antragstellerin an dem Gesamtvorgang beteiligt" sei. Dementsprechend hat er in diesem Schriftsatz an mehreren Stellen auf den Zusammenhang von Planungs- und Bauaufträgen hingewiesen und darauf, dass die L. in die Vorgänge eingebunden gewesen sei. Vom Senat auf diesen offensichtlichen Widerspruch zwischen seinem Schriftsatz vom 06.09.2016 und vom 14.02.2017 hingewiesen, hat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin im Termin vom 22.02.2017 klargestellt, dass sich die sofortige Beschwerde auch gegen den Freistaat T., endvertreten durch die L., richte. Daraufhin hat sich Rechtsanwalt Dr. E. zu Protokoll für den Antragsgegner zu 2 als Verfahrensbevollmächtigter bestellt.

Da die sofortige Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist, hat die Antragstellerin die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens nach § 120 Abs. 2 i.V.m. § 78 Satz 2 GWB zu tragen. Dies gilt auch für die außergerichtlichen Kosten der beiden Antragsgegner.[4]

Die Auferlegung der außergerichtlichen Kosten eines Beigeladenen setzt nach § 120 Abs. 2 GWB a.F. i.V.m. 78 Satz 1 GWB voraus, dass dies der Billigkeit entspricht. Das ist dann der Fall, wenn sich der Beigeladene aktiv am Verfahren beteiligt hat, indem er Anträge gestellt oder das Verfahren sonst wesentlich gefördert hat.[5] Das ist vorliegend der Fall. Die Beigeladene hat sich in ihrem Schriftsatz vom 23.12.2017 sowie in der mündlichen Verhandlung vom 22.02.2017 zu der von ihr vorgenommenen Umplanung des Hotelgebäudes geäußert. Sie ist dem Verfahren im Termin vom 22.02.2017 beigetreten und hat einen Antrag gestellt.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wurde nach § 50 Abs. 2 GKG festgesetzt. Er entspricht dem vorläufigen Streitwert, den der Senat in seinem Beschluss vom 07.10.2016 festgesetzt hat. Als Ausgangspunkt hat sich der Senat dabei an dem Volumen des Investions- und Finanzierungsplans orientiert, der sowohl dem Zuwendungsbescheid vom 21.09.2012 als auch dem Änderungsbescheid vom 13.06.2016 zugrunde liegt. Hierauf hatte auch die Antragsgegnerin zu 1 in ihrem Schriftsatz vom 09.08.2016 auf Seite 6 hingewiesen. Legt man die … € zugrunde und beziffert den Wert der Architektenleistung mit 15 % des Bruttoauftragswerts, kommt man auf … €. So ist auch die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 05.07.2016 an die Vergabekammer davon ausgegangen, dass die Architektenleistungen mit 15 % des Bruttoauftragswerts zu bemessen sind. In Anwendung

4 Vgl. Summa, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 175 GWB Rdnr. 62; Wiese, in: Kularz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 182 GWB Rdnr. 64.

5 Vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.05.2008 – Verg W 11/06, juris Rdnr. 18.

des § 50 Abs. 2 GKG beträgt somit der Wert des Beschwerdeverfahrens … € (5 % der Bruttoauftragssumme der Architektenleistung).

Anmerkung der Schriftleitung:
Siehe zu dieser Entscheidung auch die Entscheidung in dem Parallelverfahren – 2 Verg 3/16[6] – sowie die Anmerkung von Herrmann.[7]

6 VergabeR 2018, 127, in diesem Heft.
7 VergabeR 2018, 127 (135), in diesem Heft.

Dienstleistungsauftrag; Mindestjahresumsatz; wirtschaftliche Leistungsfähigkeit; Verhältnismäßigkeit; unbefristeter Auftrag; Auftragswert; Ermessen; Dokumentation; Antragsbefugnis

GWB §§ 97 Abs. 1, Abs. 2, 122 Abs. 4; VgV §§ 3 Abs. 3, 3 Abs. 11, 8 Abs. 1, 45.

1. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der geforderte Mindestjahresumsatz bei Dienstleistungsaufträgen mit unbestimmter Laufzeit nicht doppelt, sondern um ein Vielfaches so hoch ist wie der jährliche Auftragswert.

2. Die Forderung eines Mindestjahresumsatzes in Höhe des doppelten Auftragswertes ist nach § 8 Abs. 1 Satz 1 VgV entsprechend zu begründen und zu dokumentieren.

Thüringer OLG, Beschl. v. 02.08.2017 – 2 Verg 2/17 – „Sicherheitsdienste".

Sachverhalt: Der Antragsgegner schrieb am 08.04.2017 einen unbefristeten, mit einer Dreimonatsfrist kündbaren, in sechs Lose unterteilten öffentlichen Auftrag „Separatwachdienst, Empfangsdienst, Streifendienst und Revierdienst für öffentliche Liegenschaften in E., B., W., G., Ei. und H." im Wege des offenen Verfahrens europaweit aus. Vorgesehen waren eine Angebotslimitierung auf drei Lose, eine einheitliche Angebots- und Zuschlagsfrist für alle Lose sowie die Vorlage einer Eigenerklärung, dass der jeweilige Bieter in den Jahren 2014–2016 mindestens drei vergleichbare Referenzaufträge erbracht hat. Zudem waren für diesen Zeitraum losspezifische Mindestjahresumsätze im Bereich der personellen Sicherheitsdienstleistungen gefordert.

Das streitgegenständliche Los 4 betrifft die Erstaufnahmeeinrichtung G. E. Dessen Wert wurde bei einem vorgesehenen Einsatz von 17 Wachleuten auf … € (… €/Jahr) geschätzt.

Als Mindestjahresumsatz wurden diesbezüglich … Mio. € (2014–2016) festgelegt.

Die Antragstellerin, die bis zur Kündigung des Vertrags durch den Antragsgegner die Bewachung der Erstaufnahmeeinrichtung G… E… mit 15 Wachleuten vornahm, rügte am 10.04.2017 die Angebotslimitierung, den Mindestjahresumsatz für Los 4 und die einheitliche Zuschlagsfrist. Letztere wurde daraufhin vom Antragsgegner beseitigt (vgl. Schreiben vom 12.04.2017). Am 19.04.2017 erklärte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner, dass an der Rüge bezüglich der Angebotslimitierung nicht festgehalten werde. Hinsichtlich des Mindestjahresumsatzes stellte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin am 02.05.2017 einen Antrag auf Vergabenachprüfung bei der Vergabekammer, nachdem der Antragsgegner am 27.04.2017 in einem Telefonat auf den Rechtsweg verwiesen hatte. Die Vergabekammer gab dem Antrag am 29.05.2017 statt.

Hiergegen wendet sich der Antragsgegner mit seiner am 09.06.2017 erhobenen sofortigen Beschwerde. Er ist der Auffassung, die Forderung nach dem Mindestjahresumsatz i.H.v. … Mio. € für Los 4 sei vergaberechtlich zulässig und beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer beim T… Landesverwaltungsamt vom 29.05.2017, Az.: … aufzuheben,
2. den Antrag der Antragstellerin vom 02.05.2017 zurückzuweisen und
3. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragstellerin beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen und der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Sie trägt vor, dass – was unstreitig ist – Los 4 zwischenzeitlich befristet für 6 Monate im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb an die Firma C. GmbH vergeben wurde, die ihrerseits den geforderten Mindestjahresumsätzen nicht entspreche, und diese von der Antragstellerin zum 01.07.2017 das bislang zur Bewachung eingesetzte Personal übernommen hätte. Die Antragstellerin habe ebenfalls ein Angebot abgegeben, das aber nicht berücksichtigt worden sei.

Es sei mit Blick auf den vorangehenden Vertrag und die Berichterstattung in der Presse über die Schließung der Erstaufnahmeeinrichtung im Jahr 2018 damit zu rechnen, dass der Auftrag eine deutlich kürzere Laufzeit als 48 Monate haben werde. Sie ist der Auffassung, dass die Forderung nach dem Mindestjahresumsatz in Bezug auf den ausgeschriebenen Bewachungsauftrag unverhältnismäßig sei, insbesondere unter Berücksichtigung der beizubringenden Referenzprojekte, und keine Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit zulasse, zumal bei derartigen

Aufträgen stets auf regional verfügbares Personal zurückgegriffen werde. Überdies sei das wirtschaftliche Risiko wegen der monatlichen Abrechnung minimal. Zudem widerspreche der geforderte Mindestjahresumsatz dem Ziel einer mittelstandsfreundlichen Vergabe.

Aus den Gründen: 1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig. Die Voraussetzungen des § 172 GWB liegen vor.

2. Die sofortige Beschwerde ist unbegründet. Die Entscheidung der Vergabekammer trifft im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, zu.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Insbesondere hat die Antragstellerin ihr Interesse am Auftrag und eine mögliche Rechtsverletzung deutlich gemacht. Zwar hatte sie (zunächst) kein Angebot abgegeben; dies ist jedoch gerade auf den geforderten und von ihr beanstandeten Mindestjahresumsatz zurückzuführen. Das mögliche Vorliegen eines Schadens ist in einem solchen Falle ebenfalls gegeben.[1] Ihren Rügeobliegenheiten hat die Antragstellerin Genüge getan.

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Bei der Forderung nach einem Mindestjahresumsatz handelt es sich um ein (mögliches) Instrument zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und damit der Eignung der Bieter, § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GWB, § 45 VgV. Diese zielt darauf ab, dass öffentliche Aufträge ausschließlich an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen vergeben werden, § 122 Abs. 1 GWB. Nach § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB müssen die Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Letzteres ist Ausdruck des Vergabegrundsatzes der Verhältnismäßigkeit, § 97 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. GWB, und ist vorliegend fraglich. § 45 VgV nimmt eine nähere Konkretisierung dahingehend vor, dass der „öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter Anforderungen stellen [kann], die sicherstellen, dass die Bewerber oder Bieter über die erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten für die Ausführung des Auftrags verfügen. Zu diesem Zweck kann er insbesondere Folgendes verlangen: 1. einen bestimmten Mindestjahresumsatz, einschließlich eines bestimmten Mindestjahresumsatzes in dem Tätigkeitsbereich des Auftrags, (Abs. 1). Für den Fall, dass „ein Mindestjahresumsatz verlangt wird, darf dieser das Zweifache des geschätzten Auftragswerts nur überschreiten, wenn aufgrund der Art des Auftragsgegenstands spezielle Risiken bestehen“ (Abs. 2 Satz 1). Dies gilt auch jeweils für einzelne Lose (Abs. 3).

Das positive Vergaberecht knüpft hinsichtlich des zulässigerweise zu fordernden Mindestjahresumsatzes explizit am geschätzten Auftragswert an, der in § 3 VgV näher bestimmt wird. Nach dessen Abs. 11 ist „[b]ei Aufträgen über Liefer- oder Dienstleistungen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, … Berechnungsgrundlage für den geschätzten Auftragswert … 2. bei Aufträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten der 48-fache Monatswert.“

Los 4 des vorliegend zu vergebenden Bewachungsauftrags betrifft einen unbefristeten Dienstleistungsauftrag. Ob dieser tatsächlich eine Laufzeit von mehr als 48 Monaten haben wird, ist hinsichtlich der Schätzung des Auftragswerts unerheblich. Vielmehr liegt es gerade in der Natur unbefristeter Verträge, dass ihre tatsächliche Laufzeit unbestimmt ist. Jedenfalls solange nicht bereits im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens, § 3 Abs. 3 VgV, feststeht, dass der Auftrag tatsächlich eine kürzere und zugleich bestimmbare Laufzeit haben wird, ist § 3 Abs. 11 VgV für die Schätzung des Auftragswerts maßgeblich. „Vorerfahrungen“, Presseberichte und ähnliches, die eine kürzere Laufzeit nahelegen könnten, begründen allenfalls (spekulative) Vermutungen und sind für sich gesehen nicht geeignet, die normative Wertung in Frage zu stellen. Gleiches gilt für spezifische Zahlungsmodalitäten.

Hieran anknüpfend ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber bei einem Dienstleistungsauftrag mit unbestimmter Laufzeit den 48-fachen Monatswert als Grundlage für die Festlegung des Mindestjahresumsatzes heranzieht. Insbesondere geben die einschlägigen Vorschriften entgegen den Ausführungen der Vergabekammer keinen Anlass, an einen Jahreswertbetrag anzuknüpfen. Vielmehr ist dies nach dem Wortlaut der §§ 3 Abs. 11, 45 Abs. 2 Satz 1 VgV gerade nicht vorgesehen, sondern es besteht eine Verbindung von (geschätztem) Auftragsgesamtwert und Mindestjahresumsatz. Dass dies bei Dienstleistungsaufträgen mit unbestimmter Laufzeit dazu führen kann, dass der geforderte Mindestjahresumsatz nicht doppelt, sondern um ein Vielfaches so hoch sein kann, wie der jährliche Auftragswert, ist nicht per se als unverhältnismäßig,[2] sondern als unmittelbare Folge der normativen Ausgestaltung auf deutscher wie europäischer Ebene (vgl. Art. 5 Abs. 14, 58 Abs. 3 RL 2014/24/EU) zu qualifizieren. Diesbezüglich ist mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darauf hinzuweisen, dass der Mindestjahresumsatz alle in diesem Jahr erfolgten Umsätze eines Unternehmens erfasst, während der Auftragswert nur auf den einen, von der konkreten Ausschreibung bezogen ist. Grundsätzlich ist bei einem wirtschaftlich und fi-

1 Vgl. nur Möllenkamp, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 160 Rdnr. 62 ff., 86 ff. m.w.N.

2 So aber bezogen auf § 7a VOL/A 2006 VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.06.2009 – VK 2 LVwA LSA-13/09.

nanziell leistungsfähigen Unternehmen, dessen Auswahl gerade Ziel der Eignungsanforderungen im Interesse einer problemlosen Auftragsdurchführung ist, davon auszugehen, dass dieses seine Jahresumsätze nicht nur mit jeweils einem öffentlichen Auftrag erwirtschaftet, sondern über verschiedene Einnahmequellen verfügt. Dies zugrunde gelegt, relativiert sich zugleich die Maximaldifferenz zwischen Auftragswert und Mindestjahresumsatz. Jedenfalls lässt sich keine Schlussfolgerung dahingehend ziehen, dass § 45 VgV mit § 97 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. GWB unvereinbar wäre – zumal in Anbetracht der normativen Gleichordnung der europarechtlichen Grundlagen in Art. 18 Abs. 1, 58 Abs. 3 RL 2014/24/EU. Insoweit ist der geforderte Mindestjahresumsatz für 2014–2016 i.H.v. … Mio. € bezogen auf Los 4 nicht zu beanstanden.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Anwendung des § 45 VgV durch den Antragsgegner im konkreten Fall rechtmäßig war. Wenngleich § 45 VgV den vergaberechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit konkretisiert, geschieht dies ausweislich des Wortlauts nicht abschließend oder in der Weise, dass eine schematische Anwendung der Mindestjahresumsatzregelung geboten wäre. Vielmehr verfügt der öffentliche Auftraggeber nach der eindeutigen Formulierung der Norm („kann") diesbezüglich ein Ermessen, das zudem gerade mit Blick darauf auszuüben ist, „sicher[zu]stellen, dass die Bewerber oder Bieter über die erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten für die Ausführung des Auftrags verfügen", § 45 Abs. 1 Satz 1 VgV. Insoweit bildet der doppelte Auftragswert (vorbehaltlich besonderer Umstände) zuvörderst die äußere Grenze einer rechtmäßigen Ermessensausübung.[3] Sicherzustellen ist in jedem Falle die Angemessenheit im Verhältnis zum Gegenstand des Auftrags.[4]

Vorliegend lässt der Vergabevermerk nicht erkennen, ob und welche Erwägungen der Antragsgegner bei der Festlegung des Mindestjahresumsatzes vorgenommen hat. Gleiches gilt für das Schreiben vom 12.04.2017, das nur allgemein auf den Inhalt des § 45 VgV Bezug nimmt. Dies ist vergaberechtswidrig.

Eine Festlegung des Jahresmindestumsatzes ohne spezifische Begründung im Vergabevermerk wäre nur dann als genügend anzusehen, wenn § 45 Abs. 2 VgV ein intendiertes Ermessen zu entnehmen wäre.[5] Diesbezüglich gilt: „Ist eine ermessenseinräumende Vorschrift dahin auszulegen, dass sie für den Regelfall von einer Ermessensausübung in einem bestimmten Sinne ausgeht, so müssen besondere Gründe vorliegen, um eine gegenteilige Entscheidung zu rechtfertigen. Liegt ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt nicht vor, versteht sich das Ergebnis der Abwägung von selbst. Versteht sich aber das Ergebnis von selbst, so bedarf es insoweit … auch keiner das Selbstverständliche darstellenden Begründung".[6] § 45 Abs. 2 VgV legt – auch unter Berücksichtigung der Begründung sowie der europarechtlichen Hintergründe – ein intendiertes Ermessen jedoch nicht nahe. Insbesondere kann nicht aus § 45 Abs. 2 Satz 2 VgV, wonach die Forderung eines mehr als das Doppelte des Auftragswerts übersteigenden Mindestjahresumsatzes einer besonderen Begründung bedarf, geschlossen werden, dass der Verordnungsgeber in allen davon nicht erfassten Fällen ohne Weiteres die Forderung nach einem Mindestjahresumsatz in Höhe des doppelten Auftragswerts für geboten erachtet hat. Hiergegen sprechen sowohl Systematik als auch Sinn und Zweck des § 45 VgV in seiner Gesamtheit sowie im Zusammenspiel mit § 122 GWB. Die Funktion des § 45 Abs. 2 Satz 2 VgV besteht vielmehr vornehmlich darin, eine Warnfunktion in Bezug auf potenziell wettbewerbsbeschränkende Festlegungen auszuüben.

Fehlt es jedoch an einem intendierten Ermessen und der damit verbundenen Reduktion der Begründungsanforderungen, ist das allgemeine Begründungserfordernis nach § 8 Abs. 1 Satz 1 VgV zu beachten, welches insbesondere bei Ermessensspielräumen zum Tragen kommt[7] und damit auch bei der Festlegung der Eignungskriterien,[8] bei deren Vornahme sowohl dem vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch dem Gebot der Mittelstandsfreundlichkeit unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweils zu vergebenden Auftrags Rechnung zu tragen ist.

3. Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen des Antragstellers beruht auf §§ 175 Abs. 2, 78 Abs. 1 GWB.

4. Die Entscheidung über die Festsetzung des Gegenstandswertes für das gerichtliche Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Der Senat hat den Betrag gerundet. Der Auftragswert i.H.v. … € netto entspricht … € brutto. 5 % hiervon ergeben einen Gegenstandswert von … €.

Anmerkung:
von Rechtsanwältin Julia Gielen, Berlin*

Das Oberlandesgericht Jena äußert sich in der Entscheidung vom 02.08.2017 zu drei wichtigen Fragen:

3 Vgl. BR-Drucks. 87/16, S. 198.
4 Vgl. Erwägungsgrund 83 RL 2014/24/EU.
5 Vgl. BVerwGE 71, 1 (6).
6 BVerwGE 105, 55 (57).
7 Zeise, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, 2017, § 8 Rdnr. 10.
8 MünchKomm.-Müller, Wettbewerbsrecht III, 2. Aufl. (i.E.), § 8 VgV Rdnr. 9, 17.
* KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.

– Was ist die „Bezugsgröße“ für die Berechnung des „Zweifachen des geschätzten Auftragswerts“ in § 45 Abs. 2 VgV?
– Kann bei Festlegung eines Mindestjahresumsatzes bei Nichtüberschreitung des Zweifachen des geschätzten Auftragswertes davon ausgegangen werden, dass diese Mindestanforderung angemessen i.S.d. §§ 122 Abs. 4, 97 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. GWB ist?
– Welche Anforderungen ergeben sich bei Festlegung eines Mindestumsatzes an die Dokumentation?

1. Bezugsgröße für die Berechnung des „Zweifachen des geschätzten Auftragswerts“ in § 45 Abs. 2 VgV

Gem. § 45 Abs. 2 VgV darf, sofern ein Mindestjahresumsatz verlangt wird, dieser das „Zweifache des geschätzten Auftragswerts“ nur überschreiten, wenn aufgrund der Art des Auftragsgegenstands spezielle Risiken bestehen. Insbesondere bei Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen mit langjähriger oder gar unbefristeter Vertragslaufzeit stellt sich zu dieser mit der Vergaberechtsreform 2016 neu geschaffenen Vorschrift die Frage, wie dieses „Zweifache des geschätzten Auftragswerts“ zu berechnen ist: Ist auf den (voraussichtlichen) tatsächlichen Auftragswert über die gesamte Vertragslaufzeit abzustellen? Berechnet sich der geschätzte Auftragswert i.S.d. § 45 Abs. 2 VgV genauso wie nach § 3 VgV, mit der Folge, dass bei langjähriger oder unbefristeter Vertragslaufzeit eines Liefer- oder Dienstleistungsauftrags gem. § 3 Abs. 11 Nr. 2 VgV auf den 48-fachen Monatswert abgestellt wird? Oder ist für das Inverhältnissetzen mit dem *Jahres*umsatz auch der voraussichtliche Wert des Auftrags *in einem Jahr* zu betrachten?

Das Oberlandesgericht Jena stellt nun klar, dass sich der „geschätzte Auftragswert“ in § 45 Abs. 2 VgV, der mit dem festgelegten Mindestjahresumsatz ins Verhältnis gesetzt wird, gem. § 3 VgV berechnet. Dies hat zur Folge, dass das Zweifache des geschätzten Auftragswerts in diesem Sinne bei langjähriger Vertragslaufzeit faktisch ein Vielfaches, im extremsten Fall ein Achtfaches, des tatsächlich in einem Jahr zu bewältigenden Umfangs des Auftrags betragen kann.

Dies mag auf den ersten Blick unsachgemäß klingen. Es spiegelt aber wider, was unter anderem Sinn und Zweck der Festlegung eines Mindestjahresumsatzes ist, nämlich die ordnungsgemäße Leistungserbringung *über die gesamte Vertragslaufzeit* sicherzustellen. Dass bei der Berechnung des Auftragswerts bei über vierjähriger Vertragslaufzeit nicht auf die tatsächliche Laufzeit, sondern gem. § 3 Abs. 11 VgV auf den 48-fachen Monatswert abgestellt wird, ist im Sinne des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung konsequent.

Die Vergabekammer Thüringen hatte sich dagegen in der erstinstanzlichen Entscheidung noch für eine „annualisierte Betrachtungsweise“ ausgesprochen, also für einen Vergleich zwischen dem *jährlichen* Wert des ausgeschriebenen Auftrags und dem festgelegten Mindest*jahres*umsatz.[1]

Das Oberlandesgericht Jena begründet seine Ansicht in erster Linie mit dem Wortlaut der relevanten Vorschriften: § 45 Abs. 2 VgV beziehe sich ausdrücklich auf das Zweifache „des geschätzten Auftragswerts“ und damit auf die Berechnungsweise des § 3 VgV, hier des § 3 Abs. 11 VgV. Der Wortlaut der Vorschriften, auch der dem deutschen Recht zugrundeliegenden europäischen Regelungen gebe keinen Anlass zu einer abweichenden Interpretation. Zudem sei mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darauf hinzuweisen, dass der Mindestjahresumsatz alle in diesem Jahr erfolgten Umsätze eines Unternehmens erfasse, während der Auftragswert nur auf den einen, von der konkreten Ausschreibung bezogen ist. Grundsätzlich sei bei einem wirtschaftlich und finanziell leistungsfähigen Unternehmen, dessen Auswahl gerade Ziel der Eignungsanforderungen im Interesse einer problemlosen Auftragsdurchführung sei, davon auszugehen, dass dieses seine Jahresumsätze nicht nur mit jeweils einem öffentlichen Auftrag erwirtschaftet, sondern über verschiedene Einnahmequellen verfüge.

2. Angemessenheit der Festlegung eines Mindestjahresumsatzes im Einzelfall

Nach richtiger Ansicht des Oberlandesgerichts Jena lässt die Vorschrift des § 45 Abs. 2 VgV jedoch nicht den Schluss zu, dass die Vorgabe eines Mindestjahresumsatzes in Höhe des Zweifachen des geschätzten Auftragswerts stets und automatisch angemessen und verhältnismäßig i.S.d. §§ 122 Abs. 4, 97 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. GWB ist.

Die Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit einer solchen Mindestanforderung an die Eignung ist immer im konkreten Einzelfall zu prüfen und festzustellen. Der öffentliche Auftraggeber muss bei der Festlegung eines Mindestumsatzes eine Ermessenentscheidung treffen. Insoweit bildet der doppelte Auftragswert nach Ansicht des Gerichts (vorbehaltlich besonderer Umstände) zuvörderst die äußere Grenze einer rechtmäßigen Ermessensausübung.[2] Die Vorschrift sei aber nicht in dem Sinne zu verstehen, dass die Festlegung des Zweifachen des Auftragswertes als Mindestumsatz schematisch oder im Sinne eines intendierten Ermessens stets und ohne

1 Vgl. VK Thüringen, Beschl. v. 29.05.2017 – 250-4003-4676/2017-E-012-EF; so auch VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.06.2009 – VK 2 LVwA LSA-13/09.

2 Das OLG Jena verweist hierzu auf BR-Drucks. 87/16 vom 29.02.2016, S. 198. Dort ist ebenfalls die Rede von „Rahmen und […] Obergrenze der zulässigen Eignungskriterien“.

weitere Begründung zulässig sei. Der öffentliche Auftraggeber muss bei der Entscheidung, auch wenn er diese Obergrenze nicht überschreiten will, eine Ermessensentscheidung treffen. Hierbei sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, wie zum Beispiel die Risiken bei Ausfall des Auftragnehmers, die Dauer der Vertragslaufzeit (und zwar „in beide Richtungen": muss der Auftragnehmer innerhalb kürzester Zeit einen umfangreichen Auftrag erbringen und hierfür über ausreichende Kapazitäten verfügen[3] oder ist die ordnungsgemäße Auftragsausführung über einen sehr langen Zeitraum sicherzustellen) und die Frage, ob der Auftragnehmer bei seiner Leistungserbringung in erheblichem Umfang in Vorleistung treten muss. Im zu entscheidenden Fall konnte das Oberlandesgericht Jena nicht erkennen, dass der Auftraggeber hierzu Überlegungen angestellt und sein Ermessen korrekt ausgeübt hatte. Es wäre hier bspw. zu berücksichtigen gewesen, dass der Auftragnehmer monatlich vergütet werden sollte, also nicht wesentlich in Vorleistung treten musste, und der Auftraggeber den Auftrag jederzeit mit einer recht kurzen Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende hätte kündigen können.

3. Anforderungen an die Dokumentation der Ermessensentscheidung

Da die Grenze des Zweifachen des geschätzten Auftragswerts in § 45 Abs. 2 VgV nach Auffassung des Oberlandesgerichts Jena gerade kein intendiertes Ermessen nahelegt, weist das Gericht konsequenterweise darauf hin, dass der Auftraggeber seine Erwägungsgründe im Rahmen der Ermessensentscheidung bei der Festlegung eines Mindestumsatzes im Vergabevermerk dokumentieren muss. Eine reine Bezugnahme auf die Vorschrift ohne Begründung im Einzelfall ist dabei nicht ausreichend. Dies folgt, worauf das Gericht richtigerweise hinweist, schon aus der Regelung in § 8 VgV. Danach sind Begründungen, die für eine Entscheidung auf einer Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich sind, im Vergabevermerk zu dokumentieren. Aufgrund der marktbeschränkenden Wirkung von Mindestanforderungen an die Eignung sind die Gründe für eine solche Festlegung im Einzelfall festzuhalten.

Im entschiedenen Fall wäre der öffentliche Auftraggeber hierzu schon deshalb gut beraten gewesen, weil er in der vorangegangenen Ausschreibung des Auftrags eine solche Mindestanforderung nicht aufgestellt hatte und der Vorauftragnehmer, die jetzige Antragstellerin, die Anforderung – wohl bekanntermaßen – nicht erfüllte.

3 Vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.12.2012 – VII-Verg 30/12.

Dienstleistungsauftrag; Bewerbungsbedingungen; Unklarheiten; Bieterfragen; fehlender Preis; wesentliche Preisangabe; Nachforderung; Rügeobliegenheit

GWB § 160 Abs. 3; VgV §§ 53 Abs. 7, 56 Abs. 3, 57 Abs. 1 Nr. 5.

1. Der öffentliche Auftraggeber kann Bieterfragen und die Antworten hierauf allen interessierten Unternehmen auch über seine Internetseite zur Verfügung stellen, wenn er dies zuvor bekannt gemacht hat.

2. Ein Angebot ist zwingend auszuschließen, wenn eine wesentliche Preisangabe fehlt, wobei es auf die wettbewerbliche Relevanz der fehlenden Preisangabe nicht ankommt.

3. Über die Wesentlichkeit ist aufgrund des fraglichen Leistungsgegenstands und seiner Bedeutung, seines wertmäßigen Anteils für die Gesamtleistung sowie für den Gesamtpreis im Einzelfall zu entscheiden.

OLG München, Beschl. v. 07.11.2017 – Verg 8/17 – „Schülerverkehr".

Aus den Gründen: 1. Nach Ansicht des Senats bestand keine Unklarheit darüber, dass das Preisblatt „Anlage 2" zum Schreiben vom 18.05.2017 auch bezüglich der Linie 9 vollständig ausgefüllt werden musste, also Preise je Besetzt-Kilometer mit und ohne Begleitperson anzugeben waren.

Im Schreiben vom 18.05.2017 werden die Bieter auf S. 1 in Fettdruck ausdrücklich aufgefordert, das neue Preisblatt herunterzuladen, „vollständig" auszufüllen und unterschrieben dem Angebot beizufügen. Das Preisblatt Anlage 2 enthält eine Tabelle, in der für alle Linien die Eintragung eines Preises mit und ohne Begleitperson vorgesehen ist. Zudem heißt es schon in der Bekanntmachung des Antragsgegners vom 21.04.2017 unter Ziff. 10.2.1 der Bewerbungsbedingungen explizit „Alle Preispositionen sind zu bepreisen, auf § 56 Abs. 3 VgV wird hingewiesen". Schließlich lässt auch die Vorgabe, dass die Wertung ausschließlich anhand des Preises, errechnet als Durchschnittspreis sämtlicher abgefragter Preise (mit und ohne Begleitperson) erfolgt, selbst für einen nicht erfahrenen und/oder nicht rechtskundigen Bieter keinen Zweifel zu, dass für alle Linien beide Preise (mit und ohne Begleitperson) mitzuteilen waren.

Der Senat verkennt nicht, dass in den Routenplänen für die Linie 9 eine tägliche Streckenlänge mit Begleit-

person von „0 km“ angegeben ist. Die Antragstellerin behauptet aber selbst nicht, dass ihr deshalb die Angabe eines Preises mit Begleitperson nicht möglich gewesen wäre. Daraus ergab sich auch keine Unklarheit. Zum einen ändert dies nichts daran, dass, wie ausgeführt, Preisangaben für alle Linien mit und ohne Begleitperson gefordert waren. Zum anderen hat die Antragstellerin bei allen anderen Linien beide Preise (mit/ohne Begleitperson) eingesetzt, mithin auch bei den Linien, bei denen die Routenpläne eine tägliche Streckenlänge – in diesen Fällen ohne Begleitperson – von „0 km“ auswiesen (Linie 4, 6, 7, 8). Das Argument der Antragstellerin, sie habe davon ausgehen können/müssen, dass bei der Linie 9 kein Preis für die Strecke mit Begleitperson anzugeben sei, erscheint vor diesem Hintergrund nicht tragfähig. Schließlich wurden die Bieter unter Ziff. 14.2 der Bewerbungsbedingungen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich während der Vertragslaufzeit die Schülerzahlen durch Ab- und Zugänge ändern können. Damit war offensichtlich, dass sich die Notwendigkeit einer Begleitperson auf den Linien nachträglich noch ergeben könnte.

Selbst wenn eine Unklarheit vorgelegen hätte, wäre die Antragstellerin mit dieser Rüge nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB präkludiert. Die Antragstellerin hat die vermeintliche Unklarheit der Vergabeunterlagen erst im Rahmen ihres Nachprüfungsantrags vom 14.07.2017, nach Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe (31.05.2017) gerügt. Indessen war für die Antragstellerin ohne Weiteres ersichtlich, dass einerseits in der Bekanntmachung vom 21.04.2017 und im Schreiben vom 18.05.2017 vollständige Preisangaben gefordert waren, andererseits sich aus den Routenplänen für die Linie 9 eine Strecke mit Begleitperson von 0 km ergab, zumal sie sich bewusst gegen ein Ausfüllen eines vorgegebenen Feldes entscheiden musste. Besonderer Rechtskenntnisse zur Aufdeckung dieser – von der Antragstellerin behaupteten – Unklarheit bedurfte es nicht.

2. Soweit die Antragstellerin rügt, dass der Antragsgegner gegen den Grundsatz der Transparenz und der Gleichbehandlung verstoßen habe, weil er Antworten auf Bieterfragen nicht allen Bietern zeitgleich zur Verfügung gestellt habe, ist auf die Ausführungen in der Beschwerdeerwiderung zu verweisen, wonach sämtliche Bieterfragen entsprechend 4.3 der Bewerbungsbedingungen über die Internetseite des Antragsgegners allen interessierten Unternehmen zur Verfügung gestellt wurden. Abgesehen davon betreffen weder die Fragen noch die Antworten die vorliegend zentrale Frage, nämlich ob der Bieter für die Linie 9 einen Preis für die Strecke mit Begleitperson angeben musste oder nicht.

3. Das Angebot der Antragstellerin war nach § 57 Abs. 1 Nr. 5, § 56 Abs. 3 Satz 1, § 53 Abs. 7 Satz 2 VgV zwingend auszuschließen.

3.1. Eine Ergänzung des fehlenden Preises durch die Vergabestelle war nicht möglich. Insbesondere lässt sich aus der von der Antragstellerin mit dem Angebot übersandten „Kalkulationsaufstellung“ der Preis pro Besetzt-Kilometer mit Begleitperson nicht ohne Weiteres entnehmen oder errechnen. Auch wenn der Anteil der Lohnkosten am Preis je Besetzt-Kilometer angegeben ist, bleibt unklar, welcher Anteil davon auf die Lohnkosten für den Busfahrer und welcher Anteil auf die Lohnkosten für die Begleitperson entfällt. Entgegen der Behauptung der Antragstellerin beträgt die Differenz zwischen den Preisen mit und ohne Begleitperson auch nicht stets 0,28 €. Im Übrigen steht es den Bietern frei, ob sie der Begleitperson den Mindestlohn zahlen oder sie höher entlohnen. Diese unternehmerische Entscheidung des Bieters kann und darf die Vergabestelle nicht ersetzen.

3.2. Eine Nachforderung der fehlenden Preisangabe war nicht möglich, da es sich um eine „wesentliche“ Preisangabe i.S. § 56 Abs. 3 Satz 2, § 57 Abs. 1 Ziff. 5 VgV handelte:

Ein Angebot ist bereits dann zwingend auszuschließen, wenn eine wesentliche Preisangabe fehlt,[1] wobei es auf die wettbewerbliche Relevanz der fehlenden Preisangabe nicht ankommt.[2] Über die Wesentlichkeit ist aufgrund des fraglichen Leistungsgegenstands und seiner Bedeutung, seines wertmäßigen Anteils für die Gesamtleistung sowie für den Gesamtpreis im Einzelfall zu entscheiden.[3] Zum Teil wurde in der obergerichtlichen Rechtsprechung angenommen, es handle sich nicht mehr um eine unwesentliche Einzelposition, wenn eine fehlende Preisposition quantitativ knapp sechs Prozent der geforderten Preisangaben umfasst und der fehlende Betrag etwas mehr als 10 % des Gesamtentgelts ausmacht.[4] Zum Teil wurde die Wesentlichkeit verneint, wenn die Kalkulationsunschärfe durch die Preislücke im Promillebereich liegt,[5] hingegen Wesentlichkeit bejaht, wenn sich der Gesamtpreis um ca. 1/5 erhöhen würde.[6]

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung und der konkreten Umstände des Einzelfalls ist der Preis für den Besetzt-Kilometer mit Begleitperson für die Linie 9 als

1 Dicks, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 56 VgV Rdnr. 56; OLG Koblenz, Beschl. v. 02.01.2006 – 1 Verg 6/05, zu § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b) VOB/A a.F.
2 Dicks, a.a.O., § 56 VgV Rdnr. 60.
3 Dicks, a.a.O., § 56 VgV Rdnr. 60.
4 OLG Brandenburg, Beschl. v. 01.11.2011 – Verg W 12/11, zu § 19 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 VOL/A-EG.
5 OLG Thüringen, Beschl. v. 08.04.2003 – 6 Verg 1/03; OLG Celle, Beschl. v. 02.10.2008 – 13 Verg 4/08, jeweils zu § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A a.F.
6 OLG Brandenburg, Beschl. v. 24.05.2011 – Verg W 8/11, zu § 16 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c) Halbs. 1 VOB/A a.F., zustimmend Dicks, a.a.O., § 56 VgV Fn. 121.

wesentlich zu qualifizieren. Der Preis fließt gleichberechtigt als eine von insgesamt 5 × 2 = 10 Einzelpositionen in den Gesamtpreis ein. Eine Gewichtung der Einzelpositionen findet nicht statt. Aus den zehn Einzelpositionen wird ein Durchschnittspreis ermittelt und dieser mit den Durchschnittspreisen der konkurrierenden Angebote verglichen. Damit umfasst die Preislücke 1/10 sämtlicher anzugebender Einzelpreise und hat notwendigerweise einen deutlichen Einfluss auf den zu ermittelnden Durchschnittspreis.

Wie hoch der Durchschnittspreis vorliegend wäre, wenn die Antragstellerin einen Preis je Besetzt-Kilometer mit Begleitperson für die Linie 9 angegeben hätte, ist unklar. Dieser Preis war für die Vergabestelle vorab nicht aus den eingereichten Unterlagen zu ermitteln (s. dazu schon oben Ziff. 2.1). Welchen Preis die Antragstellerin nunmehr im Nachprüfungsverfahren für diese Position angibt, kann schon im Interesse der Gleichbehandlung aller Bieter nicht maßgeblich sein. Damit kommt es im vorliegenden Fall auch nicht darauf an, in welchem Ausmaß ein – aus Sicht ex ante ohnehin nicht ermittelbarer – Durchschnittspreis unter Berücksichtigung der fraglichen Preisposition vom tatsächlichen Durchschnittspreis (ohne Preis für die Linie 9 mit Begleitperson) abweicht.

Nicht maßgeblich ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin ferner, ob sich bei Angabe des Preises die Reihenfolge der Angebote änderte. Zum einen ist, wie ausgeführt, völlig unklar, welcher Preis für die Einzelposition fiktiv anzusetzen wäre. Zum anderen kommt es auf die Änderung der Wertungsreihenfolge nach dem Wortlaut des § 57 Abs. 1 Ziff. 5 VgV erst dann an, wenn es sich um eine „unwesentliche" Einzelposition handelt.

3.3. Gem. § 57 Abs. 1 Ziff. 5 VgV war das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschließen, der Vergabestelle stand kein Ermessen zu. Damit bedarf es keiner Prüfung, ob die Vergabestelle ein etwaiges Ermessen überhaupt und ggf. korrekt ausgeübt hat.

Der Senat empfiehlt daher eine Rücknahme der Beschwerde.

Anmerkung:
Rechtsanwalt Dr. Rainer Noch, Fachanwalt für Vergaberecht, München*

1. Aktuelle Mitteilungen zum Vergabeverfahren sowie Antworten auf Bieterfragen können nach Auffassung des Vergabesenats durchaus via eigener Internet-Seite bereitgestellt werden. Der Bieter hat dann umso mehr eine „Holschuld" und ist im ureigensten Interesse gefordert, sich à jour zu halten. Das kann man als öffentlicher oder Sektorenauftraggeber so handhaben, vorzugswürdig ist jedoch stets eine professionelle Vergabeplattform, die registrierten Bietern eine automatische Benachrichtigung gibt, wenn neue Nachrichten zu dem Vergabeverfahren existieren. Dabei sollte in der Bekanntmachung (EU-weit wie national) der deutliche Hinweis gegeben werden, dass die Kommunikation ausschließlich über die Vergabeplattform geführt wird. An dieser Festlegung muss die Vergabestelle sodann „mit eiserner Konsequenz" festhalten. Denn: Informationen, die Interessenten bzw. Bietern individuell per E-Mail übermittelt werden, sind gefährlich, weil sie schnell die Transparenz des Verfahrens schädigen und Ungleichbehandlungen hervorrufen.

In puncto Zurverfügungstellung der Vergabeunterlagen (§ 41 Abs. 1 VgV) ist anzumerken, dass der nicht existierende Zwang von Interessenten, sich auf der Plattform zu registrieren, eine Fehlentscheidung seitens des Vorschriftengebers darstellt (jetzt wiederholt in der UVgO, § 29 Abs. 1). Es ist kein schlüssiger Grund ersichtlich, weshalb sich ein Interessent nicht registrieren sollte, wenn er die Vergabeunterlagen abruft. Kompliziert wird es im zweistufigen Vergabeverfahren: Hat sich der Interessent im Teilnahmewettbewerb nicht registriert, so ist es technisch – jedenfalls bei einigen Plattformen – nicht möglich, ihn nachträglich zu registrieren, wenn er später zu dem ausgewählten Kreis der Bewerber zählt. Das Ergebnis kann dann sein, dass die Angebotsunterlagen per (Kurier-)Post versendet und die Antworten zu Bieterfragen auf Papier ausgedruckt und per Einwurf-Einschreiben zugesendet werden müssen. In mancher Branche gibt es nämlich kein Telefax mehr, und der Versand von „normalen E-Mails", die eine Reise über diverse Server antreten, ist hinsichtlich der Nachweissicherheit zu heikel. Man fragt sich: Ist dies die „schöne neue Vergabewelt"?

2. Der Beschluss zeigt, dass fehlende Auspreisungen noch immer ein ziemlich sicheres „k.o." für das Angebot bedeuten. Dabei muss im Grundsatz auch vermeintlich Unsinniges ausgepreist werden, wenn der Auftraggeber dies explizit verlangt hat. Die Selbstbindung unter deutlichem Verweis auf die Ausschlussrisiken des § 56 Abs. 3 VgV tut hier ein Übriges.[1] Ein Vergleich zu zusätzlich verlangten Unterschriften drängt sich auf: Die Tendenz

* Oppler Büchner Rechtsanwälte PartGmbB.

1 So aus jüngerer Zeit VK Nordbayern, Beschl. v. 11.08.2017 – 21.VK-3194-11/17, VS 2017, 79 (LS): „Verlangt der Auftraggeber ausdrücklich getrennte Unterschriften für die Abgabe des Angebotes und das Anerkenntnis des Leistungsverzeichnisses, so ist ein Angebot wegen Fehlens der geforderten Unterschrift auszuschließen, wenn nur das Angebot unterschrieben ist, das Leistungsverzeichnis jedoch nicht – auch dann, wenn das Angebotsschreiben ausdrücklich das Leistungsverzeichnis einbezieht."

in der Entscheidungspraxis geht dahin, formale Ausschlussnotwendigkeiten auch dann anzunehmen, wenn zusätzlich zu der (unterschriebenen) Bietererklärung im VgV-Vergabeverfahren bzw. dem (unterschriebenen) Formblatt 213 im VOB-Vergabeverfahren eine weitere Unterschrift bspw. unter das LV/Preisblatt verlangt wurde, welche vom Bieter jedoch zu leisten vergessen wurde. In diesen Konstellationen geht die Selbstbindung in ähnlicher Weise im Range vor. Man könnte geneigt sein, auch hier damit zu argumentieren, dass die Abverlangung einer zusätzlichen Unterschrift unter das LV unsinnig (und daher formal unschädlich) sei, wenn das zentrale Angebotsformular alle restlichen Unterlagen ausdrücklich einschließt. Doch weit gefehlt!

Erachtet der Interessent daher in der vom OLG München entschiedenen Fallkonstellation einen Ansatz für die Linie 9 mit „0 km" für „unsinnig" bzw. nicht bepreisbar, so muss er dies rügen. Fatalerweise hat die Antragstellerin die Möglichkeit der Auspreisung hier nicht einmal selbst bestritten. Tatsächliche Ursache für diese Situation sind die ohnehin wechselnden Besetzungen der Routen im Schülerverkehr (mit und ohne Begleitperson).[2] Im Falle des dann fehlenden preislichen Ansatzes von 10 %, der in die preisliche Gesamtbetrachtung einfließt, ist ein formaler Ausschluss richtigerweise unvermeidlich. Die vom Vergabesenat zitierte Kasuistik zu der Frage, was als „wesentliche Preisangabe" einzuordnen ist, und was nicht, spricht für sich.

2 Dazu u.a.: VK Lüneburg, Beschl. v. 28.05.2014 – VgK-13/2014.

Entsorgungsleistungen; Änderungen an den Vergabeunterlagen; Auslegung; Aufklärung; unangemessen niedriges Angebot; Aufgreifschwelle; Bieterschutz; Angemessenheitsprüfung

VgV §§ 15 Abs. 5, 57 Abs. 1 Nr. 4, 60.

1. Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen werden, sind von der Wertung auszuschließen. Eine Änderung an den Vergabeunterlagen liegt dann vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der Ausschreibende bestellt hat, sondern wenn er von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht.

2. Lässt sich die Bedeutung einer wahrscheinlich auf einen Eintragungsfehler zurückzuführenden widersprüchlichen Erklärung nicht im Wege der Auslegung zweifelsfrei ermitteln, ist der öffentliche Auftraggeber nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, von dem betreffenden Bieter Aufklärung über das Angebot zu verlangen.

3. Die Vorschrift des § 60 VgV ist nicht nur bieterschützend, sondern verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber bei Erreichen einer Aufgreifschwelle von 20 % auch, eine Angemessenheitsprüfung durchzuführen.

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.08.2017 – VII-Verg 17/17 – „Umschlagstellen".

Sachverhalt: Die Antragsgegnerin schrieb im November 2016 in ihrem Gebiet zu erbringende Entsorgungsdienstleistungen im offenen Verfahren europaweit aus. Die Auftragsvergabe war aufgeteilt in drei Lose, wobei auf das Los 1 die Sammlung und der Transport von verschiedenen Abfallarten (Restabfall, Bioabfall, Altpapier) inkl. Behältergestellung entfielen. Als Vertragslaufzeit war der Zeitraum vom 01.01.2018 bis zum 31.12.2023 vorgesehen, verbunden mit einer einmaligen Verlängerungsoption um ein weiteres Jahr. Die Antragsgegnerin wurde im Vergabeverfahren von dem Beratungsunternehmen T/C unterstützt.

Die Vergabeunterlagen standen den interessierten Unternehmen als Download zur Verfügung. Nach der bei den Vergabeunterlagen befindlichen Leistungsbeschreibung ist der im Gebiet der Antragsgegnerin gesammelte Abfall vom Auftragnehmer zu vorgegebenen Anlieferstellen zu transportieren, Restabfall zur Zentraldeponie …, Bioabfall zum Kompostwerk nach … und Altpapier zu einer von der Beigeladenen unterhaltenen Annahmestelle in … Der Auftragnehmer ist nach der Leistungsbeschreibung verpflichtet, die Abfälle direkt dorthin anzuliefern. Wörtlich heißt es in der Leistungsbeschreibung unter Nr. 2.1.6 (Allgemeine Regelungen zum Abfuhrbetrieb):

„Die Nutzung von eigenen Umschlagstellen durch den Auftragnehmer ist nicht zulässig."

Die Antragstellerin sowie die für die Antragsgegnerin derzeit aufgrund eines laufenden Auftragsverhältnisses tätige Beigeladene gaben jeweils fristgerecht Angebote u.a. zum Los 1 („Sammlung und Transport von verschiedenen Abfallfraktionen") ab. Bei der mit dem Angebot abzugebenden Beschreibung der Organisation der Sammlung von Restabfall, Bioabfall und Altpapier führte die Beigeladene Folgendes aus:

„Die Fa. X. ist aktueller Vertragspartner der Stadt … für die hier ausgeschriebene Leistung. Die hier gebildeten Abfuhrbezirke und die bewährte Organisation soll beibehalten werden. Der Abfuhrbetrieb entspricht den allgemeinen Regelungen gem. 2.1.6 der Leistungsbe-

schreibung. Restmüll wird in unserer Umschlaganlage an der …-Straße in … umgeladen und zu der vorgegebenen Verwertungsanlage transportiert.

Bioabfall und Altpapier werden ebenfalls an der … -Straße in … umgeschlagen und zu den vorgegebenen Verwertungsanlagen transportiert."

Das Angebot der Beigeladenen zu Los 1 war preislich um mehr als 20 % günstiger als dasjenige der Antragstellerin. Während das Angebot der Antragstellerin auf ein Jahresentgelt von […€] brutto endete, lag dasjenige der Beigeladenen bei […€] brutto. In ihrem Vergabevermerk hielt die Antragsgegnerin dies fest, verneinte aber einen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis und das Erfordernis einer detaillierten Auskömmlichkeitsprüfung. Wörtlich führte sie dazu im Vergabevermerk aus:

„Der Bieter X. GmbH & Co. KG hat in Los 1 das preislich bestplatzierte Angebot gelegt. Der Abstand des Bieters X. GmbH & Co. KG zum Angebot des preislich zweitplatzierten Bieters beträgt ca. […%]. Damit weicht der Angebotspreis des Bieters X. GmbH & Co. KG deutlich vom Angebot des zweitplatzierten Bieters ab. Der Preis des Bestbieters liegt jedoch noch im Rahmen branchenüblicher Marktpreise für diese Leistungen. Zudem erbringt der Bieter bereits als derzeitiger Auftragnehmer die Leistungen, so dass insbesondere im Bereich der Behältergestellung nachvollziehbare Kalkulationsvorteile gegeben sind. Somit handelt es sich trotz des preislichen Abstands zum zweitplatzierten Bieter im Los 1 nicht um einen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis. Eine detaillierte Auskömmlichkeitsprüfung des Angebots des Bieters X. GmbH & Co. KG war in Los 1 somit nicht erforderlich. […]"

Mit Schreiben vom 17.02.2017 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, der Beigeladenen den Zuschlag auf deren Angebot zu Los 1 zu erteilen. Die Antragstellerin beanstandete dies mit Schreiben vom 21.02.2017 und rügte, dass anzunehmen sei, dass die Beigeladene durch einen eigenen Umschlag von Bioabfällen die Vergabeunterlagen ändere, so dass das Angebot der Beigeladenen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen sei. Des Weiteren sei die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, dass Angebot der Beigeladenen wegen des ungewöhnlich niedrigen angebotenen Preises gem. § 60 Abs. 1 VgV aufzuklären. Dabei hätte sich, so die Antragstellerin, ergeben, dass das Angebot der Beigeladenen nach § 60 Abs. 3 VgV auszuschließen gewesen sei.

Tatsächlich schlägt die Beigeladene in dem aktuell mit der Antragsgegnerin bestehenden Vertragsverhältnis Bioabfall in … um, nachdem die Annahmestelle für Bioabfall im laufenden Vertragsverhältnis nach … und … verlegt worden ist.

Mit einem Schreiben vom 22.02.2017 bat die Antragsgegnerin die Beigeladene wegen der Rüge der Antragstellerin um Klarstellung ihrer im Rahmen des Angebots zu Los 1 gemachten Angaben zu Nr. 2.1.6 der Leistungsbeschreibung. Die Beigeladene antwortete darauf am folgenden Tag:

„[…] wir kommen zurück auf Ihr o.g. Schreiben und teilen Ihnen mit, dass wir bereits im Rahmen eines Telefongesprächs mit Herrn T. von der Fa. T./C. am 03.Januar 2017 bestätigt haben, dass wir die Abfuhrorganisation gem. den allgemeinen Regelungen zum Abfuhrbetrieb (2.1.6) der Leistungsbeschreibung durchführen werden. Dieses haben wir auch in unserem Angebot herausgestellt.

Durch die Übernahme von textlichen Bausteinen aus anderen Ausschreibungen ist versehentlich ein falscher Textbaustein in die Leistungsbeschreibung übernommen worden.

In unserem Angebot haben wir ausdrücklich auf die Einhaltung der Regelungen zu 2.1.6 der allgemeinen Regelungen zum Abfuhrbetrieb verwiesen."

Die Antragsgegnerin wies die Rüge der Antragstellerin daraufhin mit Schreiben vom 23.02.2017 zurück.

Die Antragstellerin hat am 24.02.2017 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Westfalen gestellt. Mit diesem hat sie geltend gemacht, dass das Angebot der Beigeladenen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen sei, da es unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen vornehme. Die Beigeladene habe mit ihrem Angebot erklärt, dass sie den eingesammelten Abfall in ihrer Anlage in … umschlage. Dass sich die Antragsgegnerin trotz des insoweit eindeutigen und nicht auslegungsfähigen Wortlauts der Erklärung von der Beigeladenen habe bestätigen lassen, dass die Abfälle nicht umgeschlagen würden, sei nicht angezeigt gewesen. In Fällen der vorliegenden Art stellten Aufklärungsgespräche des Auftraggebers mit dem Ziel, Änderungen an den Vergabeunterlagen zu korrigieren, eine unzulässige Nachverhandlung i.S.v. § 15 Abs. 5 VgV dar. Darüber hinaus sei die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, das Angebot der Beigeladenen wegen des Preisabstands zu ihrem, der Antragstellerin, Angebot weiter aufzuklären. Die Kostenschätzung der Antragsgegnerin habe diese davon nicht entbunden. Das Angebot der Beigeladenen sei aufgrund eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises gem. § 60 Abs. 3 VgV auszuschließen gewesen.

Mit Beschluss vom 07.04.2017 hat sich die Vergabekammer dieser Argumentation im ersten Punkt angeschlossen und die Antragsgegnerin verpflichtet, die Angebotswertung unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu wiederholen. Zur Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt, dass die Beigeladene mit ihrem Angebot

eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vorgenommen habe. Einer Aufklärung sei dies nicht zugänglich gewesen. Mehrdeutige und objektiv widersprüchliche Angebotsinhalte würden in Aufklärungsverhandlungen nicht objektiv eindeutig. Es sei eine unzulässige Änderung des ursprünglichen Angebots, wenn ein versehentlich eingefügter Textbaustein herausgestrichen werden müsste. Ob die Antragsgegnerin zu einer Prüfung des Angebots der Beigeladenen nach § 60 VgV verpflichtet war, hat die Vergabekammer offen gelassen.

Gegen die ihnen jeweils am 11.04.2017 zugestellte Entscheidung wenden sich die Beigeladene und die Antragsgegnerin mit sofortigen Beschwerden, die am 19.04.2017 und am 24.04.2017 beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingegangen sind.

Die Beigeladene rügt die angefochtene Entscheidung als fehlerhaft. Eine Änderung an den Vergabeunterlagen liege nicht vor. Sie und die Antragsgegnerin hätten das Angebot übereinstimmend dahingehend verstanden, dass ein Umschlag der Abfälle vor der Ablieferung nicht vorgesehen sei. Jedenfalls habe die Antragsgegnerin zulässigerweise von einer diesbezüglichen Aufklärungsmöglichkeit Gebrauch gemacht. Hilfsweise handele es sich bei den fehlerhaften Angaben um unternehmensbezogene Angaben i.S.v. § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV, die inhaltlich korrigiert werden durften.

Die Antragsgegnerin schließt sich dem Vorbringen der Beigeladenen an und ergänzt, dass sie von Anfang an angenommen habe, dass die Beigeladene ein ausschreibungskonformes Angebot abgeben wollte und ein anderes Angebot nicht beabsichtigt sei. Da es einen wahren, übereinstimmenden Willen zwischen ihr und der Beigeladenen gegeben habe, sei für die von der Vergabekammer angenommenen Auslegungsfragen kein Raum gewesen. Das Angebot der Beigeladenen habe hinsichtlich seiner Übereinstimmung mit den Vergabeunterlagen im Übrigen auch aufgeklärt werden dürfen. Bezüglich des Preisabstands zum Angebot der Antragstellerin sei eine Aufklärung nicht verpflichtend gewesen. Mit Blick auf die Auftragswertschätzung habe es keine Anhaltspunkte gegeben, dass das Angebot unauskömmlich sein könnte.

Die Beigeladene beantragt,
1. der Beschluss der Vergabekammer Westfalen vom 07.04.2017,[1] wird aufgehoben,
2. der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen,
3. hilfsweise: die Antragstellerin wird verpflichtet, die Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebots der Beigeladenen und unter weiterer Beachtung der Rechtsauffassung des Vergabesenats zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin beantragt, der Beschluss der Vergabekammer vom 07.04.2017,[2] wird aufgehoben. Der Antragsgegnerin wird gestattet, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu Los 1 zu erteilen.

Die Antragstellerin beantragt, die sofortigen Beschwerden zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens als richtig und ist darüber hinaus der Ansicht, dass die Antragsgegnerin zu einer Auskömmlichkeitsprüfung des Angebots der Beigeladenen nach § 60 VgV verpflichtet gewesen sei. Die Beigeladene habe die Nutzung ihrer Umschlaganlage in … einkalkuliert und habe andere Angebote nur deshalb unterbieten können.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte Bezug genommen.

Aus den Gründen: Die sofortigen Beschwerden der Beigeladenen und der Antragsgegnerin sind zulässig und teilweise – im Umfang des Hilfsantrags der Beigeladenen – begründet. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig, aber nur teilweise begründet.

1. Soweit sich die Antragstellerin auf einen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV beruft, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Angebot der Beigeladenen war entgegen der Annahme der Vergabekammer nicht nach dieser Vorschrift von der Angebotswertung auszuschließen. Nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV sind Angebote von der Wertung auszuschließen, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen werden. Eine Änderung an den Vergabeunterlagen liegt dann vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der Ausschreibende bestellt hat, sondern wenn er von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht.[3]

Im Ergebnis ist die Beigeladene mit ihrem Angebot nicht von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abgewichen. Zwar war ihre Beschreibung der von ihr angebotenen Organisation der Sammlung von Restabfall, Bioabfall und Altpapier insoweit mit den Vergabeunterlagen unvereinbar, als sie, die Beigeladene, eine Umladung in ihrer Umschlaganlage in … in Aussicht stellte, während Nr. 2.1.6 der Leistungsbeschreibung vorsah, dass die Nutzung eigener Umschlagstellen durch den Auftragnehmer nicht zulässig ist. Dieser Angabe ging aber die Erklärung der Beigeladenen voraus, dass der Abfuhrbetrieb den allgemeinen Regelungen gem. Nr. 2.1.6 der

1 VK Westfalen, Beschl. v. 07.04.2017 – VK 1-07/17.
2 VK Westfalen, Beschl. v. 07.04.2017 – VK 1-07/17.
3 Senatsbeschl. v. 12.12.2012 – VII-Verg 38/12.

Leistungsbeschreibung entsprechen würde. Die Erklärung zur Nutzung eigener Umschlageinrichtungen war mithin nicht eindeutig, sondern stand im Widerspruch zu der vorausgegangenen Erklärung.

Dieser Widerspruch lässt sich durch eine Auslegung der Erklärung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB nicht sicher beseitigen. Entgegen der Annahme der Antragstellerin ist die Erklärung nicht vorrangig so zu lesen, dass sich die Beigeladene an die Vorgaben der Nr. 2.1.6 der Leistungsbeschreibung zwar grundsätzlich halten, die Vorgabe des Verbots der Nutzung eigener Umschlaganlagen hiervon aber ausnehmen wollte. Zu einem solchen Auslegungsergebnis ließe sich nur dann zuverlässig kommen, wenn die beiden Sätze zur Nutzung eigener Umschlagstellen mit einer inhaltlichen Abgrenzung gegenüber der vorausgegangenen Erklärung verbunden worden wären, zum Beispiel durch Formulierungen wie „abweichend hiervon" oder „im Gegensatz dazu". Auch eine Auslegung dahingehend, dass die Beigeladene irrtümlich angenommen haben könnte, die Umschlaganlage in … nach Nr. 2.1.6 der Leistungsbeschreibung nutzen zu dürfen, steht lediglich alternativ neben der Möglichkeit der schlichten Widersprüchlichkeit der Erklärung.

Soweit die Antragstellerin, zuletzt im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat, darauf hingewiesen hat, die Erwähnung der „bewährten Organisation" in der Erklärung der Beigeladenen meine den in ihrer Anlage in … durchgeführten Umschlag, fehlt es für ein entsprechendes Auslegungsergebnis an hinreichenden Anknüpfungspunkten. Am Wortlaut und an der Systematik der Erklärung kann ein solches Verständnis nicht überzeugend anknüpfen. Danach besteht der von der Antragstellerin angenommene Zusammenhang nicht. Die „bewährte Organisation" wird von der Beigeladenen im Zusammenhang mit den gebildeten Abfuhrbezirken und mit diesen im selben Satz erwähnt. Danach wird in einem weiteren Satz der Abfuhrbetrieb genannt und seine Entsprechung mit den allgemeinen Regelungen der Nr. 2.1.6 der Leistungsbeschreibung erklärt. Erst danach folgt die Erklärung zur Umschlaganlage in …

Auch Umstände außerhalb der Erklärung sprechen nicht für das von der Antragstellerin angenommene Verständnis. Dass es im Verhältnis zwischen der Beigeladenen und der Antragsgegnerin eine „bewährte Organisation" eines Abfallumschlags jeglicher Art gibt, ist nicht ersichtlich. Der ausnahmsweise durchgeführte Umschlag von Bioabfall in … infolge eines Wechsels der Annahmestelle seit dem Jahr 2014 füllt diesen Begriff allein nicht aus.

Ob der Beigeladenen und der Antragsgegnerin darin gefolgt werden kann, dass sie ungeachtet des Wortlauts der mit dem Angebot abgegebenen Erklärung von Beginn an von einem übereinstimmenden, mit den Vergabeunterlagen konformen Sinn – Einhaltung sämtlicher Vorgaben der Nr. 2.1.6 der Leistungsbeschreibung – ausgegangen sind, kann dahinstehen. Das Oberlandesgericht München hält es für möglich, im Vergaberecht den aus dem allgemeinen Zivilrecht stammenden Rechtsgrundsatz heranzuziehen, wonach offensichtlich falsche empfangsbedürftige Willenserklärungen, die der Empfänger richtig versteht, dem Vertrag in dem richtig gemeinten Sinn zugrunde zu legen sind.[4] Allerdings geht damit, wie auch das Oberlandesgericht München sieht, im Vergaberecht eine Manipulationsgefahr einher. Ob sie eine Anwendung oder Übertragung des Rechtssatzes hier ausschließt, bedarf keiner weiteren Klärung. Die Antragsgegnerin durfte das Angebot der Beigeladenen wie geschehen aufklären und das Aufklärungsergebnis der Vergabeentscheidung zugrunde legen.

Da die Bedeutung der Erklärung der Beigeladenen zum Ablauf der Abfallsammlung im Wege der Auslegung nicht zweifelsfrei zu ermitteln ist, war die Antragsgegnerin nach § 15 Abs. 5 Satz 1 VgV hier nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, von der Beigeladenen Aufklärung über das Angebot zu verlangen. Bei einem infolge einer Widersprüchlichkeit wahrscheinlichen Eintragungsfehler reduziert sich das ansonsten bestehende Aufklärungsermessen zu einer Aufklärungspflicht. Das Bieterunternehmen ist vom Auftraggeber zu einer Aufklärung des Angebots aufzufordern und ihm ist Gelegenheit zu geben, die Widersprüchlichkeit nachvollziehbar auszuräumen.[5]

Die durch Auslegung nicht auszuräumende Widersprüchlichkeit unterscheidet den vorliegenden Sachverhalt von Fällen, in denen eine Aufklärung nicht in Betracht kommt. Die objektive Widersprüchlichkeit der Erklärung der Beigeladenen sprach hier für einen Eintragungsfehler. Ist eine Bezeichnung oder Angabe zwar falsch, aber eindeutig, so kommt eine Korrektur, wenn sich die richtige Angabe nicht an anderer Stelle aus dem Angebot im Wege der Auslegung ableiten lässt, nicht in Betracht.[6] Zwar ist eine Klarstellung des Angebotsinhalts zulässig, nicht aber seine nachträgliche Änderung.[7] Nach Auslegung eindeutige Erklärungen würden nicht klargestellt, sondern geändert. Bei Preisangaben hat dies zur Folge, dass von einer zulässigen Klarstellung des Angebotsinhalts nur auszugehen ist, wenn der tatsächlich gemeinte (richtige) Preis durch Auslegung

4 Vgl. OLG München, Beschl. v. 29.07.2010 – Verg 9/10.
5 Senatsbeschl. v. 21.10.2015 – VII-Verg 35/15.; vgl. auch KG, Beschl. v. 07.08.2015 – Verg 1/15.
6 Siehe Senatsbeschl. v. 22.03.2017 – VII-Verg 54/16 (Metallbauarbeiten am Berliner Humboldt-Forum), amtl. Umdr. S. 9 ff.; OLG Celle, Beschl. v. 11.05.2016 – 54 Verg 3/16.
7 Senatsbeschl. v. 16.03.2016 – VII-Verg 48/15; s.a. EuGH, NZBau 2016, 373 (376 f.).

des Angebotsinhalts gem. §§ 133, 157 BGB bestimmt werden kann.[8]

Hier hat die Aufklärung nicht zu einer Angebotsänderung, sondern zu einer Klarstellung dahingehend geführt, dass das Angebot der Beigeladenen so zu verstehen ist, dass sie keinen Umschlag der Abfälle in eigenen Einrichtungen durchführt und damit keine Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt. Eine entsprechende ausschreibungskonforme Erklärung der Beigeladenen in Bezug auf die Anforderungen der Nr. 2.1.6 der Leistungsbeschreibung war schon zuvor vorhanden, nur noch nicht widerspruchsfrei. Durch die Erläuterung, bezüglich der Nutzung der Umschlaganlage in … sei versehentlich ein Textbaustein aus einem anderen Vergabeverfahren nicht angepasst worden, hat die Beigeladene den Widerspruch ihrer Erklärung im Sinne der Rechtsprechung des Senats[9] nachvollziehbar ausgeräumt. Dass es einen entsprechenden Textbaustein in dem Angebot der Beigeladenen in dem Vergabeverfahren der Gemeinde … gab, ist nicht streitig.

2. Begründet ist der Nachprüfungsantrag, soweit die Antragstellerin die unterbliebene Aufklärung des Angebots der Beigeladenen nach § 60 VgV rügt. In Übereinstimmung mit der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs[10] war die Antragsgegnerin verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen wegen des großen preislichen Abstands ([…%]) zum Angebot der Antragstellerin gem. § 60 Abs. 1 und 2 VgV einer Angemessenheitsprüfung zu unterziehen. Dem ist sie nicht hinreichend nachgekommen, so dass sie – wie vom Senat tenoriert – eine den Anforderungen des § 60 VgV genügende Angebotsprüfung nunmehr vor einer erneuten Angebotswertung noch durchführen muss.

Die Vorschrift des § 60 VgV ist nicht nur bieterschützend, sondern verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber bei Erreichen einer Aufgreifschwelle von 20 % auch, eine Angemessenheitsprüfung durchzuführen.[11] Der Senat hat keinen Grund, von dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abzuweichen. Soweit die Antragsgegnerin meint, dass sich aus der zitierten Entscheidung nicht entnehmen lasse, dass es sich bei dem Wert von 20 % um eine starre Aufgreifschwelle handelt, folgt der Senat dem nicht. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs gibt für eine Relativierung dieser Schwelle unter Berufung auf die Umstände des Einzelfalls nichts her.

Fraglich könnte allenfalls sein, ob die Antragsgegnerin, obgleich sie eine Auskömmlichkeitsprüfung des Angebots für verzichtbar gehalten hat, der sie treffenden Pflicht, in eine nähere Prüfung der Preisbildung des Angebots einzutreten, nicht gleichwohl genügt hat. In diese Richtung zielt die Argumentation der Beigeladenen, welche sich darauf beruft, dass die Antragsgegnerin eine Auskömmlichkeitsprüfung im Ergebnis durchgeführt habe.

Der Senat braucht an dieser Stelle nicht abschließend zu klären, ob eine nach Erreichen der Aufgreifschwelle notwendige Angemessenheitsprüfung stets eine Nachfrage bei dem Bieter des fraglichen Angebots verlangt.[12] In der Mehrzahl der Fälle wird es auf diese Frage schon deshalb nicht ankommen, weil eine umsichtige, vorausschauend handelnde Vergabestelle auf Erläuterungen des betreffenden Bieters nicht verzichten wird, wenn die Aufgreifschwelle erreicht ist.[13] Hier bedarf die Frage keiner Beantwortung, weil die Prüfung der Antragsgegnerin auch dann unzureichend war, wenn auf eine Nachfrage beim Bieter im Einzelfall verzichtet werden könnte, etwa weil sie sich angesichts schon vorliegender Informationen als bloße Förmelei darstellen würde.[14] Eine für die Nachprüfungsinstanzen und damit auch den Senat nachvollziehbare Analyse der Kalkulation des fraglichen Angebots ist in der Vergabeakte nicht dokumentiert. Die Ausführungen im Vergabevermerk zur Angemessenheit der Angebotspreise, die wohl von einem Mitarbeiter des Unternehmens T./C. stammen – auf die Mängel der nach § 8 VgV verlangten Dokumentation des Vergabeverfahrens hat der Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung hingewiesen –, genügen den Anforderungen an die gebotene Prüfung des Angebots nicht. Sie sind floskelhaft und oberflächlich und ohne Angaben zu den branchenüblichen Marktpreisen nicht nachvollziehbar.[15] Die Antragsgegnerin hat die hier gebotene Prüfung auch im Nachprüfungsverfahren nicht nachgeholt. Da die Beigeladene ihr Angebot bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht von sich aus erläutert hat,[16] war dies nicht entbehrlich. Soweit sich die Antragsgegnerin stattdessen auf die Übereinstimmung des fraglichen Angebots mit ihrer Auftragswertschätzung berufen hat, reichte das hier nicht aus. Zwar dürfen Kostenschätzungen bei der Prüfung grundsätzlich herangezogen werden.[17] Allerdings kann der Senat die von der Antragsgegnerin angenommene Übereinstimmung des Angebots der Beigeladenen mit der Auftragswertschätzung nicht erkennen, so dass dahinstehen kann, ob die Auftragswertschätzung im Übrigen den Anforderungen an die Nachvollzieh-

8 Senatsbeschl. v. 16.03.2016 – VII-Verg 48/15.
9 Vgl. Senat, Beschl. v. 21.10.2015 – VII-Verg 35/15.
10 BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16.
11 Vgl. BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16.
12 Verneinend wohl Wagner, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl., § 60 VgV Rdnr. 12.
13 Vgl. auch BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16.
14 Vgl. Senatsbeschl. v. 17.02.2016 – VII-Verg 28/15.
15 Vgl. zur notwendigen Überprüfbarkeit Senatsbeschl. v. 17.02.2016 – VII-Verg 28/15.
16 Vgl. zu einem solchen Fall Senatsbeschl. v. 17.02.2016 – VII-Verg 28/15.
17 Siehe Dicks, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 60 Rdnr. 22.

barkeit genügt. Das Angebot der Beigeladenen weicht nicht nur in dem Bereich der Behältermiete signifikant von der Auftragswertschätzung ab, was sich vielleicht noch damit erklären lässt, dass die Beigeladene im Falle einer Auftragserteilung ihren vorhandenen Bestand an Abfallbehältern weiternutzen könnte. Das Angebot unterschreitet die Schätzung auch in anderen Bereichen, wobei es keinen Unterschied macht, ob auf die zusammenfassende Auftragswertschätzung von S. 22 der Vergabeakte oder auf die auf S. 21 wiedergegebenen Wertspannen abgestellt wird. So liegt das Angebot beim Bioabfall, um nur ein Beispiel zu nennen, mit [… €] mehr als [… €] unter dem untersten Wert der für Bioabfall in der Auftragswertschätzung angenommenen Wertspanne von 77.000 bis 110.000 €. Soweit sich Herr T. vom Beratungsunternehmen T./C. im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat für die Antragsgegnerin dahingehend eingelassen hat, das Angebot der Beigeladenen habe vor dem Hintergrund der auf Grundlage breiten Erfahrungswissens erstellten Auftragswertschätzung keine Auffälligkeiten gezeigt, trifft diese Einlassung nach dem Inhalt der vom Senat eingesehenen Vergabeakte ersichtlich nicht zu.

Anmerkung:
von Rechtsanwalt Dr. Dominik R. Lück, Fachanwalt für Vergaberecht, Köln*

In seinem Beschluss vom 02.08.2017 setzt sich das OLG Düsseldorf im Wesentlichen mit zwei Fragestellungen auseinander. Zum einen thematisiert der Düsseldorfer Vergabesenat die Pflichten des öffentlichen Auftraggebers bei Erreichen der preislichen Aufgreifschwelle von 20 %, zum anderen äußert er sich zu der Streitfrage, ob ein öffentlicher Auftraggeber ein Angebot ausschließen darf, wenn dieses widersprüchliche Erklärungen enthält.

1. Nach der maßgebenden Entscheidung des BGH[1] genießt § 60 VgV umfassenden Bieterschutz. Damit einher geht die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers ab einer Aufgreifschwelle von 20 % eine Auskömmlichkeitsprüfung vorzunehmen. Die Verpflichtung zur Preisprüfung sowie die Höhe der Aufgreifschwelle hat der Düsseldorfer Vergabesenat vorliegend bestätigt und fortgeführt. Ferner hat er sich hinsichtlich der Tiefe der Preisprüfung eindeutig positioniert. Demnach lassen jedenfalls „floskelhafte und oberflächliche“ Ausführungen in einem Vergabevermerk keine ausreichende Prüfung durch den öffentlichen Auftraggeber erkennen. Auch der bloße Verweis auf eine Angemessenheit unter Bezugnahme auf eine Kostenschätzung soll nicht den Anforderungen entsprechen. Vielmehr verlangt das OLG Düsseldorf eine vollständig nachvollziehbare Prüfung, welche auch dergestalt im Vergabevermerk dokumentiert werden muss. Ein abweichendes Vorgehen findet sich jedoch aktuell noch in vielen Vergabedokumentationen; insbesondere dann, wenn der aktuelle Leistungserbringer auch Bestbieter im Vergabeverfahren ist. Eine zu leichtfällige Feststellung der Angemessenheit kann allerdings – wie hier gesehen – zu einer Wiederholung der Wertungsphase führen.

2. Ferner hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass ein Ausschluss eines Angebotes aufgrund § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Änderung an den Vergabeunterlagen eindeutig und zweifelsfrei festgestellt werden kann. Diese Feststellung ist im Wege einer umfassenden Auslegung zu ermitteln. Im dem zugrundeliegenden Sachverhalt war nach den Vergabeunterlagen ein Umschlag des zu sammelnden Abfalls ausgeschlossen. Die Beigeladene legte in ihrem Angebot dar, dass sie sich an die Vergabeunterlagen halten wolle. In dem darauffolgenden Absatz des Schreibens beschrieb sie jedoch wie und wo sie den Umschlag des einzusammelnden Abfalls beabsichtige. Eingedenk des Preisabstandes zwischen dem Angebot der Beigeladenen und der zweitplatzierten Antragstellerin lag die Vermutung nahe, dass die Beigeladene tatsächlich einen Umschlag des Abfalls plante, weil sie hierdurch eine Kostenoptimierung erzielen konnte. Die Vergabekammer verpflichtete daher die Antragsgegnerin die Angebotswertung unter Ausschluss der Beigeladenen zu wiederholen. Eine Aufklärung sei weder erfolgt, noch sei sie möglich, da das Angebot der Beigeladenen objektiv widersprüchlich sei.

Der Düsseldorfer Vergabesenat gab der sofortigen Beschwerde der Beigeladenen allerdings statt. Danach war die Antragsgegnerin befugt und gehalten das Angebot der Beigeladenen aufzuklären. Ein Ausschluss sei lediglich als Ultima Ratio möglich. Insofern im Wege einer Auslegung jedoch ein Angebot „klargestellt“ werden kann, ist ein Ausschluss nicht zulässig.

Die Entscheidung führt diesbezüglich zu einem erhöhten Aufklärungs- und Dokumentationsaufwand für Vergabestellen. Ferner kann die Anwendung dieser Methode – wie auch der Vergabesenat unter Verweis auf eine Entscheidung des OLG München[2] selber feststellt – die Manipulationsgefahr nicht ausschließen. Insbesondere fehlt es an einer Abschreckungsmöglichkeit für „nachlässige“ Bieter, welche sich absichtlich oder unabsichtlich eine Option für eine spätere Leistungs- oder Preisanpassung freihalten wollen.

---

* Köhler & Klett Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB.
1 BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16.
2 OLG München, Beschl. v. 29.07.2010 – Verg 9/10.

Bauauftrag; Änderung der Vergabeunterlagen; Auslegung; Normkonformität; Prüfzeugnis; Antragsbefugnis; Verfahrensförderungspflicht; Akteneinsicht

GWB §§ 160 Abs. 2, 165; VOB/A-EU §§ 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1, 16 Nr. 2.

Wird nach dem Leistungsverzeichnis im Zusammenhang mit der Lieferung von Fertignasszellen das Angebot einer den „gültigen Richtlinien und Normen entsprechenden Abdichtung" gefordert, ist im Fall des Angebots einer nach dem Vortrag des Bieters ohne gesonderte Abdichtung bereits dichten Fertignasszelle jedenfalls darzulegen und durch bauaufsichtsrechtliches Prüfungszeugnis zu belegen, dass dieses Produkt den gültigen Richtlinien und Normen entspricht.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 26.09.2017 – 11 Verg 11/17 – „Fertignasszellen".

Sachverhalt: I. Die Antragsgegnerin schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 07.03.2017 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nr. 2017/S050–091367 im offenen Verfahren das Gewerk „Fertignasszellen GKV" aus. Der Auftrag bezog sich auf die Herstellung, Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von insgesamt 348 Fertignasszellen für den Ersatzneubau der C-Kliniken in Stadt1. Zuschlagskriterium war gemäß den Ausschreibungsbedingungen unter II.2.5. der Preis. Gemäß II.2.10 waren Varianten/Alternativangebote nicht zulässig. Das den Vergabeunterlagen beigefügte Leistungsverzeichnis enthielt unter Ziff. 4.3 Anforderungen an die Konstruktion der Fertignasszellen. Gemäß 4.3 lit. c hatten die Bodenelemente der Fertignasszellen unter anderem die folgende Eigenschaft zu erfüllen:

„Abdichtung gemäß den gültigen Richtlinien und Normen (DIN 18195, DIN 18157 und gültigen ZDB-Merkblättern usw.), einschließlich aller Kanten, Übergänge Wand/Boden, Kehlen, einschließlich Einlegen von Dichtband und dauerelastischer Verfugung, dies betrifft ebenso alle Durchdringungen der Installationen in Wand und Boden". Eine identische Formulierung fand sich unter 4.3 lit. d für die Wandelemente. Das Leistungsverzeichnis enthielt zudem hinsichtlich des Bodenelements eine auszufüllende Leerzeile mit der Überschrift „angeb. Abdichtungssystem:" Unterhalb dieser Leerzeile fand sich der Zusatz „(Bieterangabe zwingend!)".

Auf die Bieterfrage der Antragstellerin vom 03.04.2017 hin, ob davon ausgegangen werden könne, dass alle am Markt zugelassenen Abdichtungssysteme für den Badbereich verwendet werden können (flüssig zu verarbeitende, bahnenförmige und plattenförmige Abdichtungen), erklärte die Antragsgegnerin mit E-Mail vom 04.04.2017, dass ein „geprüftes und zugelassenes Abdichtungssystem" anzubieten und mit dem Angebot „nachzuweisen" sei.

Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben nachfolgend neben einer weiteren Bieterin ein Angebot ab. Das Angebot der Beigeladenen lag nach rechnerischer Prüfung auf dem 1. Rang. Im Rahmen der technischen und wirtschaftlichen Prüfung wurde laut Vergabevorschlag davon ausgegangen, dass die Nasszelle aus einem wasserdichten B-Boden, Stahlsandwichpaneelen als Wandaufbau und einem B-Sandwichelement als Decke besteht. Zudem findet sich unter der Rubrik „Hinweise" des Vergabevorschlags die Aussage, die Bieter auf Rang 1 und 2 hätten bestätigt, dass die Antwort auf die oben zitierte Bieterfrage im Angebot berücksichtigt sei.

Nachdem die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.05.2017 unter anderem die Antragstellerin darüber informiert hatte, dass sie beabsichtige, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 01.06.2017 die geplante Beauftragung als vergaberechtsfehlerhaft. Das Informationsschreiben vom 30.05.2017 genüge nicht den Anforderungen des § 134 GWB, die Beigeladene sei zudem nicht wirtschaftlich leistungsfähig und damit ungeeignet. Schließlich sei das Angebot der Beigeladenen zwingend von der Wertung auszuschließen, da es Änderungen an den Vergabeunterlagen enthalte. Aus vergleichbaren Verfahren sei ihr bekannt, dass die Fertignasszellen der Beigeladenen aus glasfaserverstärkten Kunststoffen hinsichtlich der Boden- und Deckenelemente und aus korrosionsgeschützten, verzinkten Stahlblech-Paneelen bezüglich der Wände bestünden. Die Beigeladene verfüge über kein nach dem Leistungsverzeichnis erforderliches Abdichtungssystem bzw. eine Abdichtung.

Die Antragsgegnerin ließ hierauf unter anderem mit E-Mail vom 07.06.2017 mitteilen, dass das von der Beigeladenen angebotene dichte B-Bodenelement die Anforderungen der Ausschreibung erfülle bzw. vergleichbar sei.

Die Antragstellerin beantragte daraufhin mit Schriftsatz vom 11.06.2017 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, welches darauf gerichtet war, das Angebot der Beigeladenen unberücksichtigt zu lassen. Zur Begründung vertiefte sie ihre bereits im Rügeschreiben vom 01.06.2017 aufgeführten Aspekte. Das Angebot der Beigeladenen enthalte eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen und sei deshalb zwingend von der Wertung auszuschließen. Den Vergabeunterlagen sei eindeutig und unmissverständlich zu entnehmen, dass ein Abdichtungssystem nicht nur

den gültigen Richtlinien und Normen entsprechen müsse, sondern auch mit Angebotsabgabe der Umstand der Prüfung bzw. Zulassung nachzuweisen sei. Dem sei die Beigeladene nicht nachgekommen. Unabhängig von der konkreten Art der Abdichtung müsse der Hersteller der Verbundabdichtung die Abdichtung bei einer zertifizierten Prüfstelle prüfen und zulassen lassen. Nach Abschluss einer erfolgreichen Prüfung erhalte der Hersteller ein allgemeines bauaufsichtliches Prüfzeugnis. Tatsächlich sei am Markt kein zugelassenes Abdichtungssystem verfügbar, welches von der Beigeladenen unter Einhaltung aller Anforderungen der in der Ausschreibung geforderten DIN 18195 und des Merkblattes zulassungskonform verarbeitet werden könne. Die Beigeladene verfüge auch nicht über ein eigenes zugelassenes Abdichtungssystem. Die Bauweise der Nasszellen der Beigeladenen unterfalle der DIN 18195. Insbesondere falle sie nicht gemäß Teil 5, Abs. 1.2 aus dem Anwendungsbereich heraus. Die dort geforderte Wasserundurchlässigkeit sei nur bei Bauteilen gegeben, bei denen – anders als hier – keine Löcher oder ähnliche Aussparungen vorhanden seien. Soweit nach der genannten DIN zwar auch alternative Abdichtungssysteme zulässig seien, müssten diese jedoch über ein allgemeines bauaufsichtliches Prüfzeugnis verfügen (DIN 18195–2 Tab. 8, Position 2.50 Bauregelliste A Teil 2 des Deutschen Instituts für Bautechnik).

Soweit schließlich nach dem einschlägigen ZDB-Merkblatt Verbundabdichtungen eingesetzt werden könnten, müssten auch diese über ein bauaufsichtliches Prüfzeugnis im konkreten Anwendungsbereich verfügen. Die von der Beigeladenen verwendeten … im Verbund mit … stellten keine derartigen Abdichtungen dar.

Die Antragsgegnerin hat sich gegen den Nachprüfungsantrag gewendet. Sie hielt die Rüge der fehlenden Eignung bereits für präkludiert, jedenfalls aber für unbegründet. Von einem unangemessen niedrigen Preis sei nicht auszugehen. Schließlich liege auch keine Änderung der Vergabeunterlagen vor. Die Antragstellerin könne sich nicht darauf berufen, dass die Beigeladene keinen Nachweis über ein geprüftes und zugelassenes Dichtungssystem vorgelegt habe. Zum einen habe die Beigeladene diesen Nachweis geführt. Zum anderen sei diese Anforderung erst im Rahmen der Beantwortung einer Bieterfrage aufgestellt worden und stelle sich damit als unzulässige Verschärfung der Vergabeunterlagen dar. Die Vergabeunterlagen selbst hätten nicht die Verpflichtung zur Vorlage eines Nachweises enthalten. Jedenfalls erfülle das dichte B-Bodenelement die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses gemäß der sachkundigen Angaben des Zeugen A.

Die Beigeladene hat sich ebenfalls gegen den Nachprüfungsantrag gewendet. Der Vortrag der Antragstellerin sei bereits unschlüssig, soweit er sich auf eine Änderung der Vergabeunterlagen beziehe. Jedenfalls liege im Ergebnis keine Änderung vor. Das von ihr angebotene Fertigbad stelle ein Bauprodukt gem. § 2 Abs. 13 HBO dar und bedürfe keines konkreten Verwendungsnachweises gem. § 20 HBO. Die Fertigbäder würden vielmehr als kompakte Systeme aus wasserdichten Elementen hergestellt. Darüber hinaus würden „zusätzliche Abdichtungen an Boden, Wand, Anschlussfugen sowie Installationsdurchgängen entsprechend der aktuellen anerkannten Regeln der Bautechnik ausgeführt“. Es würde eine im Sinne des Merkblattes „bewährte Verbundabdichtung“ in Form von … verwendet. Im Rahmen eines vergleichbaren Vergabeverfahrens sei zu diesem System eine gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen SV1 unter dem 12.05.2017 eingeholt worden, auf die verwiesen werde. Sie habe die erforderlichen Nachweise hinreichend durch die textlichen Begründungen des Angebots sowie die in dessen Anlage beigefügten Konstruktionsdetails nachgewiesen.

Die Vergabekammer hat mit Verfügung vom 21.06.2017 ausgeführt, dass durch die Beantwortung der Bieterfrage die Vergabeunterlagen verbindlich um die Anforderung eines geprüften und zugelassenen Abdichtungssystems ergänzt worden seien. Da die Beigeladene keinen derartigen Nachweis vorgelegt habe, sei ihr nunmehr gem. § 16a EU VOB/A Gelegenheit zu geben, diesen vorzulegen. Die Antragsgegnerin forderte daraufhin mit Schreiben vom gleichen Tag die Beigeladene zur Vorlage eines entsprechenden Nachweises auf, verwies aber mit Schriftsatz vom 26.06.2017 ausdrücklich darauf, dass die Nachforderung ihrer Ansicht nach mit einer unzulässigen Verschärfung der Vergabeunterlagen i.S.v. § 122 GWB verbunden sei. Eignungskriterien seien ausschließlich innerhalb der Auftragsbekanntmachung aufzuführen, § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die Beigeladene hielt diesen Hinweis ebenfalls für unberechtigt und verwies darauf, dass für das von ihr verwendete System keine weiteren Verwendungsnachweise erforderlich seien.

Auch die Antragstellerin rügte, dass die Nachforderung des Nachweises unzulässig sei. Die Beigeladene berufe sich selbst darauf, alle geforderten Nachweise mit dem Angebot vorgelegt zu haben. Die in der Beantwortung der Bieterfrage gewählte Formulierung, dass der Nachweis mit dem Angebot zu erfolgen habe, stehe zwingend der Berücksichtigung erst später erstellter Nachweise entgegen. Die Anforderung eines Nachweises mit Angebotsabgabe stelle auch keine unzulässige Verschärfung der Vergabeunterlagen dar, da das Abdichtungssystem bereits den dortigen Vorgaben nach den gültigen Richtlinien und Normen habe entsprechen müssen und damit ein über die bauaufsichtlichen Anforderungen hinausgehendes Dichtungssystem anzubieten gewesen sei.

Nach Mitteilung über den Eingang weiterer Nachweise seitens der Antragsgegnerin kündigte die Vergabekam-

mer mit Schreiben vom 30.06.2017 an, dass sie mangels ordnungsgemäßer Nachweise für ein geprüftes und zugelassenes Abdichtungssystem beabsichtige, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen.

Die Antragsgegnerin führte hierzu aus, dass ihrer Ansicht nach die Beigeladene die erforderlichen Nachweise geführt habe. Gemäß den Vorbemerkungen der Bauregelliste Ausgabe 2015/2, zu Teil 2 unter Z. 2.2 bedürften nicht geregelte Bauprodukte – wie hier – anstelle einer allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung nur eines allgemeinen bauaufsichtlichen, nunmehr vorgelegten Prüfzeugnisses.

Die Antragstellerin wiederum meinte, dass dieses Prüfzeugnis nicht die Anforderungen an ein allgemeines bauaufsichtliches Prüfzeugnis erfülle. Das geprüfte Produkt stelle kein Abdichtungssystem, sondern lediglich einen Fliesenkleber dar. Entsprechend sei das Material allein nach der DIN EN 12004 für Mörtel und Klebstoffe für … und … geprüft worden, nicht jedoch für Verbundabdichtungen. Im Übrigen sei der Aussteller dieses Prüfzeugnisses keine Prüfstelle im Sinne der Bauregelliste A Teil 2. Schließlich fehle die Angabe der Geltungsdauer. Gutachterliche Stellungnahmen seien nicht geeignet, den Anwendungsbereich von Prüfzeugnissen zu erweitern. Hierfür fehle es bereits an einer Rechtsgrundlage.

Die Beigeladene betonte mit Schriftsatz vom 11.07.2017, dass der Korpus der Fertigbäder von Grund auf absolut wasserundurchlässig und „bereits der wasserundurchlässigen Corpus der Badzellen, mithin Boden mit Aufkantung, Decken und Wände an sich, (…) das Dichtungssystem im Sinne der Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin dar(stellten)." Die Bodenwanne sei absolut dicht, so dass es keines weiteren oder zusätzlichen Abdichtungssystems bedürfe. Das von ihr angebotene „Abdichtungssystem mittels Nasszellen-Corpus entspricht den allgemein anerkannten Regeln der Technik und unterfällt daher den geregelten Bauprodukten bzw. Bauarten im Sinne von §§ 16 HBO". Die Vorlage eines Prüfzeugnisses in Bezug auf ein „(weiteres) Abdichtungssystem" in Verbund mit … und … sei nicht erforderlich.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mit Beschluss vom 13.07.2017 abgelehnt und zur Begründung unter anderem ausgeführt, dass das Angebot der Beigeladenen nicht wegen Änderung der Vergabeunterlagen von der Wertung auszuschließen gewesen sei. Den Verdingungsunterlagen habe nicht eindeutig entnommen werden können, ob die Antragsgegnerin Abdichtungssysteme oder Abdichtungen ausschreiben wollte. Eine Gesamtschau des Leistungsverzeichnisses zeige jedoch, dass die Begriffe synonym verwandt worden seien. Bei Auslegung ergebe sich, dass es der Antragsgegnerin im Ergebnis ausschließlich auf die Wasserundurchlässigkeit der eingebauten Nasszellen sowie darauf ankomme, dass die sichere Prognose der entsprechenden Eigenschaft durch den Nachweis eines den Regeln der Technik entsprechenden Systems gestützt wird. Der Leistungsbeschreibung sei nicht zu entnehmen, dass überhaupt zwingend eine Abdichtung oder ein Abdichtungssystem anzubieten gewesen seien. Dies folge auch nicht aus den im Leistungsverzeichnis aufgeführten Normen. Die Normen und Merkblätter würden unterschiedliche Abdichtungsarten und -systeme erfassen. Die Konstruktion der Beigeladenen unterfalle jedoch keiner der möglichen, von der Antragstellerin nicht abschließend aufgezählten Normen/Richtlinien. Die Konstruktion der Beigeladenen sei bereits wasserfest und stelle einen „fugenlosen" Körper dar. Wanddurchgänge seien von vornherein in die Wand- und Bodenelemente integriert, so dass sie nur noch anzuarbeiten, nicht aber noch abzudichten seien. Durch das … einzelner Wand-, Boden- und Deckenelemente mittels … entstehe ein einziger wasserfester und fugenloser Körper. Die Beigeladene habe eine „in einem Guss gefertigte Nasszelle angeboten, für die sie weder Abdichtungen noch ein Abdichtungssystem entsprechend den geltenden Normen und Richtlinien braucht".

Die Antragstellerin verfolgt mit ihrer sofortigen Beschwerde nur ihre Rüge weiter, dass das Angebot der Beigeladenen wegen Änderung der Vergabeunterlagen gem. § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Beigeladene habe keine den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entsprechende Abdichtung ihrer Fertignasszellen angeboten.

Auch wenn eine Fertignasszelle im Werk vorgefertigt werde, sei es erforderlich, diese so abzudichten, dass Wasser und Feuchtigkeit nicht ins Bauwerk eindringen können. Die Auslegung des Leistungsverzeichnisses durch die Vergabekammer sei rechtsfehlerhaft und entspreche nicht dem eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut. Dem objektiven Empfängerhorizont nach folge aus den gewählten Formulierungen im Leistungsverzeichnis, dass eine Abdichtung gefordert war, für die es Richtlinien und Normen gebe. Über die Antwort der Antragsgegnerin auf ihre Bieterfrage sei auch deutlich geworden, dass ein geprüftes und zugelassenes Abdichtungssystem anzubieten sei. Prüfung und Zulassung erfolgten insoweit nach den deutschen und den europäischen DIN-Normen. Tatsächlich habe die Beigeladene keinen entsprechenden Nachweis führen können.

Die Vergabekammer sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass sie, die Antragstellerin, nicht bestritten habe, dass die Nasszelle ausschließlich aus wasserfesten Elementen bestehe. Systemimmanent enthielten die Boden- und Wandelemente Öffnungen für den Dusch- und Bodenablauf sowie die Zu- und Abwasserleitungen. Insoweit könne kein wasserdichter B-Boden vorliegen. Die Fertig-

bäder bestünden in ihrem dreigliedrigen Aufbau auch nicht aus einem Guss aus B. Aus dem von der Vergabekammer unterstellten Umstand, dass für die gewählte Konstruktion der Beigeladenen keine Normen oder Richtlinien gelten würden, sei nicht zu schließen, dass insoweit auch keine Nachweise anzubieten gewesen seien. Sollte es sich tatsächlich um Bauprodukte handeln, für die es keine allgemein anerkannten Regeln der Technik gebe, sei jedenfalls die Vorlage einer bauaufsichtlichen Zulassung oder eines Prüfzeugnisses erforderlich.

Sie beantragt,
1. die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen in dem Vergabeverfahren „14–144-70-_Fertignasszellen GKV“ unberücksichtigt zu lassen und im Übrigen die Prüfung und Wertung der Angebote zu wiederholen.
2. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin wird für erforderlich erklärt.
3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten des Verfahrens der sofortigen Beschwerde, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsstellerinnen als Gesamtschuldner.

Die Antragsgegnerin beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beschwerde sei unbegründet. Die Vergabekammer sei zu Recht davon ausgegangen, dass der Leistungsbeschreibung nicht zu entnehmen gewesen sei, dass zwingend eine Abdichtung oder ein Abdichtungssystem angeboten werden musste. Es sei allein um eine im Ergebnis dichte Nasszelle gegangen. Wie diese Wasserundurchlässigkeit gewährleistet werde, sei für sie, die Antragsgegnerin, nicht maßgeblich gewesen. Dies belege bereits der Umstand, dass im Leistungsverzeichnis der Hinweis enthalten gewesen sei, dass die Darstellung der Wandkonstruktion neutral gehalten sei. Jeder Hersteller habe verschiedene Bauweisen zum Einsatz bringen können. Für die Bieter sei ersichtlich gewesen, dass es der Antragsgegnerin nicht auf eine spezielle Art von Nasszelle angekommen sei. Die von der Beigeladenen angebotene Konstruktion sei bereits wasserfest und fugenlos. Erforderliche Wanddurchgänge seien integriert, so dass Armaturen allein anzuarbeiten, nicht aber abzudichten seien. Der Begriff des Abdichtungssystems sei zudem nach dem objektiven Empfängerhorizont allein dahingehend auszulegen, dass ein aus mehreren Einzelteilen zusammengesetztes Ganzes vorliegen müsse, welches einen schädigenden Einfluss von Feuchtigkeit/Wasser auf die Bausubstanz und deren Nutzbarkeit verhindere. Genau diesen Anforderungen werde das Angebot der Beigeladenen gerecht. Im Hinblick auf die von ihr verwendeten Materialien benötige die Beigeladene kein gesondertes Abdichtungssystem. Folglich liege auch keine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen vor, da das von der Beigeladenen angebotene System die gewünschte Dichtigkeit aufweise. Bereits der im Leistungsverzeichnis enthaltene Zusatz „usw.“ zeige, dass ihr die Art und Weise der Gewährleistung der Dichtigkeit letztendlich „egal“ gewesen sei. Die Antwort auf die Bieterfrage rechtfertige kein anderes Auslegungsergebnis, da sie sich allein auf eine Abdichtung mit konventionellen Abdichtungsmöglichkeiten bezogen habe. Allenfalls läge im Fall von zwei oder mehreren vertretbaren Auslegungsmöglichkeiten ein unklares Leistungsverzeichnis vor, welches nicht Grundlage eines Ausschlusses sein könne.

Auch die Beigeladene verteidigt den angegriffenen Beschluss der Vergabekammer und betont ebenfalls, dass bei Auslegung des Leistungsverzeichnisses nicht zwingend vom Angebot einer Abdichtung bzw. eines Abdichtungssystems auszugehen sei. Auch ein Prüfzeugnis sei nicht erforderlich. Die von ihr verwendeten Bauprodukte genügten den anerkannten Regeln der Technik. Aus der neuen DIN 18534 folge nunmehr in aller Deutlichkeit, dass diese auf vorgefertigte Nasszellen, sofern diese wasserdicht sind, keine Anwendung finde. Jedenfalls hätten auch gleichwertige Lösungen gemäß Z. 2.8 des Leistungsverzeichnisses angeboten werden dürfen. Um eine derartige Lösung gehe es bei ihrem System.

Zudem rügt sie mit Schriftsatz vom 22.09.2017, dass es der Antragstellerin an der Antragsbefugnis fehle, da ihr kein Schaden drohe. Das Angebot der Antragstellerin habe selbst wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen werden müssen. Die in Punkt 4.3 des Leistungsverzeichnisses unter lit. d, 5. Spiegelstrich geforderte Ausführung des Wandelementes werde von der Antragstellerin nicht erfüllt. Es seien zwingend Wandelemente mit metallischen Untergründen anzubieten gewesen; dies treffe auf das Bad der Antragstellerin nicht zu.

Sie beantragt,
1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen und den Nachprüfungsantrag zu verwerfen,
2. die Anträge zu 1–3 gemäß Schriftsatz der Antragstellerin vom 04.08.2017 abzulehnen.
3. Der Beigeladenen wird Akteneinsicht in die Verfahrensakten der Antragsgegnerin gem. § 165 GWB gewährt. Die Akteneinsicht der Antragstellerin wird nach § 165 Abs. 2 GWB insoweit untersagt, als dies zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Beigeladenen erforderlich ist.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird auch für das Beschwerdeverfahren und für das Verfahren über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung für notwendig erklärt.
5. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens

und des Verfahrens über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung. Der Antragstellerin werden die Kosten der Beigeladenen für beide Instanzen auferlegt.

Der Senat hat mit Beschluss vom 16.08.2017 die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde einstweilen bis zur endgültigen Entscheidung über die sofortige Beschwerde verlängert und der Antragstellerin Einsicht in die unter Ziff. 3 jenes Beschlusses aufgeführten Unterlagen gewährt.

Nach erfolgter Akteneinsicht führt die Antragstellerin nunmehr aus, dass auch die Dokumentation unzulänglich sei. Es sei aus den Unterlagen nicht ersichtlich, aus welchen Gründen das Angebot der Beigeladenen den Ausschreibungsbedingungen entsprechen solle. Insbesondere fänden sich unter Ziff. 3 des Vergabevorschlags hierzu keine konkreten Angaben. Darüber hinaus verweist sie darauf, dass das Angebot der Beigeladenen unauskömmlich sei und eine Änderung der Vergabeunterlagen enthalte, da auch Leistungen im Zusammenhang mit der Anbindung mittels Strömungsteiler angeboten worden seien, die nach entsprechender Antwort auf eine Bieterfrage tatsächlich entfallen sollten.

Aus den Gründen: Auf das vorliegende Verfahren sind die §§ 97 ff. GWB in der ab dem 18.04.2016 gültigen Fassung anwendbar (§ 186 Abs. 2 GWB).

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden; sie hat in der Sache auch Erfolg.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig (unter a.) und begründet (unter b.), soweit die Antragstellerin rügt, dass das Angebot der Beigeladenen nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses unter Ziff. 4.3 genügt und insoweit eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen beinhaltet.

a. Der Nachprüfungsantrag ist in dem durch die Vergabekammer festgestellten Umfang aus den dort dargelegten Gründen zulässig. Ohne Erfolg verweist die Beigeladene erstmals im Schriftsatz vom 22.09.2017 darauf, dass das Angebot der Antragstellerin selbst nicht mit den Vergabeunterlagen übereinstimme und deshalb vom Verfahren auszuschließen gewesen sei, so dass es der Antragstellerin an der Antragsbefugnis i.S.v. § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB fehle. Die Beteiligten eines Vergabenachprüfungsverfahrens trifft sowohl vor der Vergabekammer als auch vor dem Senat eine Verfahrensförderungspflicht.[1] Die Beigeladene hat gegen diese Obliegenheit maßgeblich verstoßen, soweit sie erstmals wenige Tage vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat diesen Einwand in das Verfahren eingebracht hat, ohne dass die Antragstellerin hierauf noch zeitnah vor dem Termin reagieren konnte.

b. Das Angebot der Beigeladenen ist nicht gemäß den Vorgaben des § 13 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 EU VOB/A auf der Grundlage der Vergabeunterlagen erstellt worden, sondern enthält i.S.v. § 13 Abs. 1 Nr. 5 S. 2 EU VOB/A unzulässige Änderungen, so dass es gem. § 16 Nr. 2 EU VOB/A auszuschließen war.

§ 13 Abs. 1 Nr. 5 EU VOB/A dient der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Gleichbehandlung der Bieter. Es soll nur das angeboten werden, was der öffentliche Auftraggeber auch tatsächlich nachgefragt hat. Ein Bieter darf sich keinen Wettbewerbsvorteil dadurch verschaffen, dass er von den Ausschreibungsvorgaben abweicht.[2] Eine unzulässige Änderung in diesem Sinne liegt vor, wenn das Angebot von den Vergabeunterlagen abweicht, der Bieter also etwas anderes anbietet, als vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragt wurde.[3]

Das Vorliegen einer Änderung ergibt sich aus einem Vergleich der – unter Umständen auszulegenden – Vergabeunterlagen mit dem – wiederum gegebenenfalls auszulegenden – Angebot. Ausgehend hiervon weicht das Angebot der Beigeladenen von den Vergabeunterlagen ab, da den Darlegungen der Beigeladenen und den zur Akte gelangten Unterlagen nicht zu entnehmen ist, dass es über ein den gültigen Richtlinien und Normen gemäßes Abdichtungssystem verfügt.

Ausgangspunkt ist der tatsächliche Gegenstand der Ausschreibung, welche primär anhand der Leistungsbeschreibung aus der objektiven Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist, zu verstehen und gegebenenfalls auszulegen ist.[4] Maßgeblich ist zunächst der Wortlaut des Leistungsverzeichnisses unter Z. 4.3, wonach eine „Abdichtung gemäß den gültigen Richtlinien und Normen (DIN 18195, den 18157 und gültigen ZDB-Merkblättern usw.)“ (…) für das Bodenelement nebst „zwingend(er)“ Angabe des angebotenen Abdichtungssystems gefordert wurde.

Soweit der Wortlaut einerseits auf das Vorliegen einer „Abdichtung“ verweist, andererseits auf die Angabe des verwendeten „Abdichtungssystems“, ging die Vergabekammer zutreffend davon aus, dass die Begriffe bei verständiger Würdigung der Unterlagen synonym verwendet werden. Gegen diese Auslegung wenden sich die Parteien im Rahmen des Beschwerdeverfahrens auch nicht.

1 Vgl. Horn, in: Müller-Wrede, GWB, § 167 Rdnr. 20; Mockel ebenda § 175 Rdnr. 90.
2 Vgl. Dittmann, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 72.
3 Dittmann, ebenda § 13 Rdnr. 76.
4 Vgl. Dittmann, ebenda § 13 Rdnr. 77.

Dem Wortlaut nach wurde damit ausdrücklich eine den gültigen Richtlinien und Normen gemäße Abdichtung bzw. ein Abdichtungssystem gefordert. Dass dieser Begriff weder gesetzlich noch bautechnisch definiert ist, steht dem nicht entgegen. Der Senat hat bereits erhebliche Bedenken, ob angesichts dieses Wortlauts überhaupt davon ausgegangen werden kann, dass in Abhängigkeit zum gewählten Material und/oder der Konstruktion des Bodenelements eine gesonderte Abdichtung bzw. ein Abdichtungssystem vollständig entbehrlich sein kann. Die nachfolgend im Leistungsverzeichnis geforderte zwingende Angabe eines Abdichtungssystems dürfte dafür sprechen, dass der Antragsgegner an dieser Stelle über das bereits zuvor geschilderte Bodenelement hinausgehende Angaben zu einer konkreten Abdichtungsart erwartete. Dafür spricht auch, dass die im Leistungsverzeichnis aufgeführten DIN-Normen und ZDB-Blätter inhaltliche Vorgaben über die zulässige Art und Weise der Abdichtung enthalten. Aus dem in Ziff. 4.1.a des Leistungsverzeichnisses enthaltenen Hinweis, dass die Darstellung der Wandkonstruktion neutral gehalten sei, so dass je nach Hersteller unterschiedliche Bauweisen zum Einsatz kommen können, wird ein verständiger Bieter nicht den Schluss ziehen, dass ein Abdichtungssystem entbehrlich sein könnte. Die Möglichkeit verschiedener Wandkonstruktionen enthält keine Aussage zur Anforderung, Wand- und Bodenelemente entsprechend abzudichten.

Dies bedarf im Ergebnis indes keiner abschließenden Entscheidung, da den Angaben der Beigeladenen sowie den zur Akte gelangten Unterlagen jedenfalls nicht entnommen werden kann, dass die von der Beigeladenen angebotene Leistung eine „Abdichtung gemäß den gültigen Richtlinien und Normen …“ beinhaltet. Die damit angesprochene unbedingte Normkonformität der Leistung wird dabei auch nicht – entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin – durch den Zusatz „usw.“ relativiert. Dieser Zusatz findet sich allein am Ende der in der Klammer erläuternd aufgeführten Aufzählung verschiedener Richtlinien und Normen. Er bezieht sich grammatikalisch eindeutig nicht darauf, dass die vor der Klammer aufgeführten Anforderungen der Übereinstimmung mit gültigen Richtlinien und Normen um diesen Zusatz erweitert werden sollte. Selbst wenn dies der Fall wäre, würde sich ein „usw.“ allein auf weitere Rechtsgrundlagen erstrecken, nicht aber auf ihre vollständige Entbehrlichkeit.

Dem Angebot der Beigeladenen kann ein normgerechtes Abdichtungssystem nicht entnommen werden. Im Rahmen der abgefragten Bieterangabe zum Abdichtungssystem verwies die Beigeladene allein auf die Materialien „B/Laminat“. Ihre schriftlichen und mündlichen Erläuterungen bleiben ebenfalls unklar: Sie führt zum einen aus, dass im Hinblick auf das Vorliegen eines dichten Baukörpers jede Form der Abdichtung entbehrlich sei und ihr System überhaupt nicht der DIN 18195 oder anderen Regelwerken für Abdichtungen unterfalle. Es bedürfe keines weiteren oder zusätzlichen Abdichtungssystems – das Abdichtungssystem liege bereits im Nasszellencorpus selbst. Zum anderen verweist sie aber darauf, dass ihr Baukörper die DIN 18195 erfülle – ihr Fertigbad sei „DIN-konform“, durch das … der drei Komponenten ihres Baukörpers entstehe ein in sich geschlossener Baukörper. Der von ihr verwendete … bewirke die erforderliche Abdichtung der Materialbrüche. Auch die Ausführungen der Antragsgegnerin verhelfen nicht zu weiterer Klarheit. Sie legt dar, dass die von der Beigeladenen angebotene Konstruktion entweder industriell gefertigt und „in einem Guss“ geliefert und eingebaut oder vor Ort fugenlos mittels eines … „…“ würde. Gesonderte Abdichtungen oder Abdichtungssysteme bedürfe es deshalb nicht, da die Konstruktion wasserundurchlässig sei, die Wanddurchgänge integriert und die Nasszelle somit „fugenlos“ sei. Den Angaben lässt sich entnehmen, dass die Antragsgegnerin von einer Fugenlosigkeit in Hinblick auf das Endprodukt, bei welchem die Fugen mittels … wurden, ausgeht. Damit liegen nach Verständnis des Senats jedoch zunächst Fugen vor, deren Abdichtung im Sinne des Leistungsverzeichnisses normgerecht vorzunehmen ist.

Die sich widersprechenden Angaben der Beigeladenen, die auch durch die Ausführungen der Antragsgegnerin nicht klarer werden, erschweren die Feststellung der nach dem Leistungsverzeichnis geforderten Normkonformität, da weder anhand des Wortlauts des Angebots noch anhand der Ausführungen der Beigeladenen eindeutig festgestellt werden kann, ob, wenn ja welche gültigen Normen und Richtlinien i.S.d. Leistungsverzeichnisses auf das von ihr angebotene System anwendbar sein sollen.

Die weiteren Ausführungen der Beigeladenen, sie habe jedenfalls ein gleichwertiges Angebot gem. Ziff. 2.8 der Bewerbungsbedingungen unterbreitet, sprechen eher dafür, dass sie selbst davon ausgeht, kein im Sinne von Ziff. 4.3. des Leistungsverzeichnisses normkonformes Abdichtungssystem angeboten zu haben. Richtig ist, dass gemäß Z. 2.8 der Bewerbungsbedingungen auch Leistungen angeboten werden können, die von den vorhergesehenen technischen Spezifikationen abweichen. Die Bezugnahme hierauf seitens der Beigeladenen erscheint indes nur sinnvoll, wenn sie selbst der Ansicht ist, dass ihr Angebot nicht die in Z. 4.3. des Leistungsverzeichnisses aufgeführten Spezifikationen erfüllt, sondern eine alternative Leistungserfüllung enthält. Im Leistungsverzeichnis wird außerdem darauf hingewiesen, dass in diesem Fall diese Abweichung gemäß Z. 2.8 S. 2 „eindeutig bezeichnet sein“ müsste. Der von der Beigeladenen hervorgehobenen Formulierung im Angebotsschreiben vom

10.04.2017: „Das angebotene Produkt entspricht allen Anforderungsparametern des Leistungsverzeichnisses und ist somit gleichwertig der in Teilen beschriebenen Nasszelle“ kann diese eindeutige Bezeichnung nicht entnommen werden. Vielmehr leidet auch diese Formulierung – wie der weitere Vortrag im hiesigen Nachprüfungsverfahren – darunter, dass nicht eindeutig erklärt wird, entweder eine dem Leistungsverzeichnis konforme oder aber eine gleichwertige Leistung anzubieten. Die tatsächlich im Angebot von der Beigeladenen verwendete Verknüpfung „und“ verdeutlicht gerade nicht, dass allein eine gleichwertige Leistung im Sinne von Z. 2.8 angeboten werden soll. Darüber hinaus ist gemäß Z. 2.8 S. 3 die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nachzuweisen. Auch dies kann dem vorgelegten Angebot nicht entnommen werden.

Ist damit nach Z. 4.3. die Normkonformität zu prüfen, konnte die Beigeladene dies bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht nachweisen. Auf die Frage, ob bereits mit der Antwort auf die Bieterfrage Nachweise bei Angebotsabgabe einzureichen gewesen wären, kommt es mithin nicht an. Soweit unstreitig das von der Beigeladenen für die Bodenwanne verwendete Material „B“ wasserundurchlässig ist, folgt in Hinblick auf die von der Beigeladenen gewählte Konstruktion aus drei Komponenten sowie den badimmanent zwingend vorhandenen Durchlässen allein nicht die vollständige Wasserundurchlässigkeit eines in sich komplett geschlossenen Baukörpers. Die im Leistungsverzeichnis explizit als abzudichten angeführten „Übergänge Wand/Boden“ liegen unstreitig auch bei der Konstruktion der Beigeladenen vor. Dies bestätigt auch die Beigeladene, soweit sie auf das erforderliche … und … der Wand und Boden- bzw. Deckenelemente verweist. Das von ihr in Bezug genommene Gutachten von SV1 enthält ebenfalls Ausführungen zum Vorhandensein erforderlicher Abdichtungen.

Soweit die Beigeladene den hierfür verwendeten … als Abdichtungsmaterial im Rahmen der mündlichen Verhandlung benannte, kann ihren eigenen Darlegungen nicht entnommen werden, dass dieser gemäß den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses den anerkannten gültigen Richtlinien und Normen für eine Abdichtung entspricht. Das von der Beigeladenen vorgelegte Prüfzeugnis bezieht sich – unabhängig von den seitens der Antragstellerin dargelegten Bedenken hinsichtlich der Ordnungsgemäßheit der Erstellung – allein auf eine Prüfung als Klebstoff für … und … nach der insoweit einschlägigen DIN EN 12004. Die Prüfung umfasste indes nicht die Abdichtungseigenschaften dieses Klebstoffes i.S.d. im Leistungsverzeichnis für Abdichtungen beispielhaft erwähnten DIN 18195 oder 18157 bzw. der für Abdichtungen gültigen Merkblätter des Zentralverbandes des deutschen Baugewerbes.

Gleiches gilt für die in den einzelnen Elementen zwingend vorhandenen Aussparungen für die erforderlichen Installationen sowie Zu- und Abläufe, hinsichtlich derer sich ebenfalls nach dem unstreitig erforderlichen Anarbeiten auch die Notwendigkeit der Abdichtung dieser Materialbrüche stellte. Auf den Umstand, dass die Bodenwanne nach Vortrag der Beigeladenen keinen Zulauf enthält, kommt es im Hinblick auf das unstreitige Vorhandensein eines Ablaufs dabei nicht an. Auch insoweit folgt aus dem Leistungsverzeichnis den klaren Formulierungen nach, dass die geforderte Abdichtung auch „alle Durchdringungen in der Installationen in Wand und Boden“ betrifft, die „gemäß den gültigen Richtlinien und Normen“ ausgestaltet sein muss.

Die zitierte Normkonformität hat die Beigeladene auch in der mündlichen Verhandlung nicht darlegen können. Dabei bedarf es hinsichtlich der in der Ausschreibung erwähnten DIN 18195–5 bzw. 18157 keiner Entscheidung, ob diese auf die Konstruktion der Beigeladenen Anwendung findet. Wie bereits im Rahmen des Eilbeschlusses ausgeführt, wäre im Fall fehlender Anwendbarkeit jedenfalls ein allgemeines bauaufsichtliches Prüfzeugnis erforderlich. Dies ergibt sich auch aus den von der Beigeladenen in Bezug genommenen Ausführungen des Privatgutachters SV1, die insoweit mit den von der Antragstellerin eingereichten Ausführungen des Privatgutachters SV2 konform gehen. Die Beigeladene verweist entsprechend auch ausdrücklich darauf, dass ihr Produkt „zu ‚Abdichtung‘ oder ‚Abdichtungssystem‘ im Sinne der von der Antragsgegnerin im Leistungsverzeichnis exemplarisch benannten DIN-Vorschriften und Richtlinien gleichwertig“ ist. Sie führt aus, dass sie ausschließlich auf dem Markt bereits erhältliche Produkte, die ihrerseits entweder anerkannten Regeln der Technik unterfallen oder eigene bauaufsichtliche Prüfzeugnisse haben, verwendet. Notwendigkeit und Vorhandensein von bauaufsichtsrechtlichen Prüfzeugnissen wird auch in der von ihr vorgelegten Stellungnahme von SV1 erwähnt.

Aus welchen Gründen die Beigeladene diese Prüfzeugnisse nicht zur Akte gereicht hat, bleibt unklar. Gerade für Produkte, die – wie von der Beigeladenen in Anspruch genommen – innovativ sind und für die es noch keine Regeln gibt, gilt das Erfordernis, ihre Gebrauchstauglichkeit für den vorgesehenen Verwendungszweck mit einem allgemeinen bauaufsichtlichen Prüfzeugnis oder einer europäischen technischen Bewertung nachzuweisen (vgl.: Information zu Bauprodukten für die Abdichtung von Dächern und Bauwerken, Verwendung von Abdichtungsprodukten mit allgemeinen bauaufsichtlichen Prüfzeugnissen oder europäischen technischen Bewertungen unter Berücksichtigung von Regelungen der DIN 18195 oder DIN 18531, Stand Oktober 2014). Allgemeine bauaufsichtliche Prüfzeug-

nisse sind für alle Abdichtungsprodukte erforderlich, für die es keine allgemein anerkannten Regeln der Technik gibt (vgl.: Information zu Bauprodukten für die Abdichtung von Dächern und Bauwerken, Die Bedeutung des allgemein bauaufsichtlichem Prüfzeugnisses für die Verwendung von Abdichtungsprodukten, Stand Juni 2012).

Soweit die Antragsgegnerin und die Beigeladene darauf verweisen, dass die im Leistungsverzeichnis benannte Abdichtung nur bei Verwendung von diffusionsoffenen Baustoffen erforderlich sei, lässt sich dies dem Wortlaut selbst nicht entnehmen. Die Antragstellerin selbst verweist darauf, ebenfalls wie die Beigeladene keine offenkundigen Baustoffe zu verwenden, dennoch aber nach Z. 4.3 ein Abdichtungssystem angeboten zu haben. Die im Leistungsverzeichnis weiter aufgeführten Beispielsfälle für das Erfordernis einer Abdichtung (etwa Übergänge Boden/Wand) lassen zudem keine Beschränkung allein auf die Fallkonstellation der Verwendung diffusionsoffener Baustoffe zu. Den eigenen Angaben des von der Beigeladenen hinzugezogenen Sachverständigen SV1 nach sind darüber hinaus die Vorgaben des ZDB-Merkblattes in jeden Fall einzuhalten.

2. Ausgehend hiervon kommt es auf die Rüge der Antragstellerin zur nicht hinreichenden Dokumentation der Einhaltung der Vorgaben von Z 4.3 des Leistungsverzeichnisses nicht an. Hinsichtlich der weiteren Rügen wird ergänzend darauf hingewiesen, dass gegen das erneute Aufgreifen der Rüge der Unauskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen jedenfalls die auch im Vergabeverfahren in besonderer Weise zu berücksichtigen Beschleunigungsgrundsätze sprechen. Die erstmals eingeführte Rüge, es liege eine unzulässige Mehrleistung hinsichtlich der angebotenen Mehrleitungen vor, verfängt ebenfalls nicht. Eine Mehrleistung ist nur dann unzulässig, wenn die Vorgaben der Vergabeunterlagen selbst nicht eingehalten werden und die angebotene Mehrleistung wertungsrelevant wurde.[5] Beides ist hier indes nicht der Fall.

3. Dem Antrag auf Akteneinsicht nach § 165 GWB seitens der Beigeladenen war nicht nachzukommen, da sie keinerlei Angaben dazu getätigt hatte, in welchem Umfang Akteneinsicht zur Wahrnehmung ihrer subjektiven Rechte erforderlich sein sollte. Einen Anspruch auf Akteneinsicht „ins Blaue hinein“, besteht dagegen nicht.[6] Vielmehr kann nur auf der Grundlage eines konkreten Akteneinsichtsgesuches ermittelt werden, ob die Offenlegungsinteressen der Beigeladenen die Geheimhaltungsinteressen der übrigen am Vergabeverfahren Beteiligten überwiegen.[7]

4. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens haben die unterlegene Antragsgegnerin sowie die Beigeladene gem. § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB als Gesamtschuldner nach § 182 Abs. 3 Satz 2 GWB zu tragen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten des Eilverfahrens gem. § 173 GWB werden gem. § 175 Abs. 2 GWB, 78 GWB der Billigkeit entsprechend ebenfalls der Antragsgegnerin und der Beigeladenen auferlegt. Sie haben die Kosten nach Kopfteilen, hier hälftig, zu tragen; eine gesamtschuldnerische Haftung findet entgegen dem Antrag der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren nicht statt.[8]

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts seitens der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer ist angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Komplexität des Verfahrens für notwendig zu erklären gem. § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG.

Die Festsetzung des Beschwerdewerts folgt aus § 50 Abs. 2 GKG. Grundlage ist die Auftragswertschätzung der Antragstellerin im Rahmen ihres Angebots.

Anmerkung:
von Rechtsanwalt Dr. Volker Dobmann, Fachanwalt für Vergaberecht, Berlin*

Diese Entscheidung hat einen Fall aus dem Bauvergaberecht zum Gegenstand und betrifft die Herstellung, Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von 348 Fertignasszellen für den Klinikbereich. Wie in vielen Vergabeverfahren kann es vorkommen, dass ein unterlegener Konkurrent das vom Bestbieter angebotene Produkt aufgrund seiner Marktübersicht kennt und nach Erhalt der Informationsschreibens nach § 134 GWB zur Überraschung der Vergabestelle bezweifelt, dass ein technisches Detail des konkurrierenden Angebotes im Einklang mit den Vorgaben der Vergabeunterlagen, insbesondere dem Leistungsverzeichnis, steht. Dann muss die Vergabestelle das Angebot doch noch gem. § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zwingend ausschließen, weil Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig sind. Hier geht es häufig um Auslegungsfragen und zwar sowohl des Leistungsverzeichnisses als auch des Angebotes eines Bieters. Im vorliegenden Fall ging es konkret um ein Abdichtungssystem für die Fertignasszellen, dessen Zulassung durch ein allgemeines, bauaufsichtsrechtliches Prüfzeugnis nachgewiesen werden musste, soweit es für diese keine anerkannten Regeln der Technik gibt. Die Antragstellerin hatte am Ende Erfolg und konnte das Blatt zu ihren Gunsten wenden, nachdem die Vergabekammer noch zu Gunsten der Vergabestelle und des Bestbieters entschieden hatte.

5 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.03.2006 – VII-Verg 77/05.
6 Vgl. Senat, Beschl. v. 24.08.2017 – 11 Verg 12/17.
7 Vgl. auch BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16.
8 Vgl. BGH, Beschl. v. 08.02.2011 – X ZB 4/10.
* Dobmann Rechtsanwälte GbR

Ausgangspunkt der Betrachtung ist nach einhelliger Rechtsprechung die Auslegung des Leistungsverzeichnisses nach dem objektiven Empfängerhorizont des verständigen und fachkundigen Bieters. Diese Formel wendet auch der Senat an, wobei dem Wortlaut wie immer die größte Bedeutung beikommt. Das Abdichtungssystem sollte „entsprechend den gültigen Richtlinien und Normen ausgebildet sein" und zwingend angegeben werden. Dabei wurden exemplarisch auch DIN-Normen und technische Vorgaben angegeben. Wenn der öffentliche Auftraggeber eine derartige Formulierung wählt, ohne näher in die Tiefe zu gehen und in diesem Sinne „Normkonformität" verlangt, läuft er Gefahr, dass es zu technischen Überraschungen kommen kann, zumal der Begriff des „Abdichtungssystems" weder gesetzlich noch bautechnisch definiert ist und er keine weitere Definition vorgegeben hatte. Das OLG Frankfurt interpretierte die technischen Vorgaben nach einem entsprechenden Hinweis durch die Antragstellerin jedenfalls so, dass ein zugelassenes Abdichtungssystem vorhanden sein müsse. Im vorliegenden Fall musste die Normkonformität des Abdichtungssystems durch ein allgemeines, bauaufsichtsrechtliches Prüfzeugnis oder andere europäische technische Bewertungen unter Berücksichtigung von DIN-Normen nachgewiesen werden, was offensichtlich sowohl der Vergabestelle als auch dem Bestbieter unbekannt war. Kann der Nachweis nicht erbracht werde bzw. kann der Anbieter nicht darlegen, dass er die technischen Vorgaben erfüllt, muss sein Angebot zwingend ausgeschlossen werden.

Auf der anderen Seite ist das Angebot auszulegen. Hier ist der Senat zu dem Ergebnis gekommen, dass kein normgerechtes Abdichtungssystem vorlag. Dies lag zum einen an dem offensichtlich nicht überzeugenden Vortrag der Beigeladenen und zum anderen daran, dass diese offensichtlich verschiedene technische Unterlagen, jedoch nicht die einschlägigen Prüfzeugnisse vorgelegt hatte. Dies zeigt das Problem auf, dass bei Bauvorhaben eine steigende Anzahl geregelter Bauprodukte eingesetzt werden, die einer Zulassung durch geregelte Prüfvorgänge, hier belegt durch ein bauaufsichtsrechtliches Prüfzeugnis, bedürfen. Ob das angebotene Bauprodukt ansonsten aufgrund seiner technischen Eigenschaften die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erfüllt, ist dann nicht mehr relevant. Offensichtlich hatte die Vergabestelle hier keine ausreichende Kenntnis davon. Daher lässt sich daraus nur der Schluss ziehen, dass Vergabestellen gut beraten sind, die von ihnen aufgestellten technischen Vorgaben zu durchdringen und transparent darzustellen.

Bauauftrag; Aufklärung von Einzelpreisen; Mischkalkulation; Verweigerung der Aufklärung; Ausschluss; Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung; Erfolgsaussichten

GWB § 173 Abs. 1; VOB/A-EU §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 15 Abs. 2, 16 Abs. 1 Nr. 3.

1. Auch bei einem hinsichtlich des Gesamtpreises unauffälligen Angebot darf der Auftraggeber Aufklärung zu Einzelpreisen verlangen, wenn diese sowohl von den eigenen Preisen des Bieters zu ähnlichen Positionen als auch von den Preisen der Konkurrenten exorbitant abweichen und diese Abweichungen weder durch einen höheren Leistungsumfang noch durch Marktgegebenheiten oder -besonderheiten zu erklären sind.

2. Beantwortet ein Bieter Fragen, die ihm der Auftraggeber im Rahmen einer zulässigen Aufklärung stellt, innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht, muss sein Angebot nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen werden.

3. Dies gilt auch dann, wenn noch ein Bietergespräch ansteht.

4. Die Aufklärung nach § 15 EU VOB/A ist eine Angelegenheit allein zwischen dem Auftraggeber und dem Unternehmen, und zwar innerhalb der vom Auftraggeber festgesetzten Frist.

5. Erklärungsversuche, die sich erstmals in den Schriftsätzen des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin an die Vergabekammer oder den Senat finden, von vornherein unbeachtlich.

OLG Koblenz, Beschl. v. 04.01.2018 – Verg 3/17 – „Abwasserreinigung".

Aus den Gründen: 1. Die mit einem Eilantrag nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB verbundene sofortige Beschwerde der Antragstellerin richtet sich gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 06.12.2017, durch den ihr Nachprüfungsantrag mit der Begründung zurückgewiesen wurde, ihr Angebot sei zu Recht gem. § 15 Abs. 2 EU VOB/A (Verweigerung der geforderten Aufklärung) und § 16 Nr. 3 EU VOB/A (unzutreffender Preis) ausgeschlossen worden.

2. Dem Nachprüfungsverfahren liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Abwasserzweckverband W., dessen Mitglieder die Verbandsgemeinde S. und die Stadt B. sind und der Auftraggeber i.S.d. § 99 Abs. 2 GWB ist, betreibt den Ausbau der Abwasserreinigungsanlagen auf dem Gebiet der Verbandsgemeinde. Anfang Juni 2017 machte er in TED die beabsichtige Vergabe eines in mehrere Funktionsabschnitte (Titel) untergliederten Teilbauauftrags (Los 2.1) bekannt. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Zu den vier Bietern gehört die Antragstellerin, deren im Gesamtpreis völlig unauffälliges Angebot das niedrigste ist. Allerdings gibt es Auffälligkeiten bei Einzelpreisen, von denen noch zwei Gegenstand des Verfahrens sind.

OZ 1.1.20

Lagerplatz für die Sortierung und getrennte Lagerung von Baustellenabfällen

Ausführung:

Containerdienst mit Containern in benötigter Anzahl und Größe sowie entsprechendem Fahrdienst zur getrennten Sammlung und Entsorgung der Abfälle entsprechend den Bestimmungen einrichten und unterhalten. Sämtliche mit der Abfallentsorgung anfallende Kosten, einschließlich Deponiegebühren, sind einzurechnen, Anzahl der Containerstellplätze vom AN anzugeben, einrichten und räumen.

Vom Bieter einzutragen war eine Pauschale. Von Seiten der Antragstellerin wurden 140.663,03 € eingetragen. Die Pauschalen der drei Konkurrenten liegen – teils deutlich – unter 4.000 €.

OZ 1.1.20 gehört zum Funktionsabschnitt „Bauarbeiten Abwasserweg". Unter dem Titel „Straßenbauarbeiten Anbau L 400" gibt es eine gleichlautende Position (OZ 2.1.20). Dort hat die Antragstellerin 431,11 € eingetragen, der Höchstpreis der Konkurrenz liegt unter 3.000 €. Im Abschnitt 3 des Leistungsverzeichnisses („Straßenbauarbeiten Zufahrt ARANT") gibt es eine weitere gleichlautende Position (OZ 3.1.20), die von der Antragstellerin ebenfalls mit 431,11 € gepreist wurde und bei der die Konkurrenten ähnliche Preise eintrugen wie bei OZ 2.1.20.

OZ 1.10.810

Dichtigkeitsprobe

des Vorlageschachtes mittels Klarwasserfüllung durchführen, Wasserfüllung bzw. Wassergestellung durch AN. Im Preis enthalten ist das Vorhalten der Pumpen mit Zubehör. Weiterhin ist das provisorische wasserdichte Verschließen von Aussparungen, sowie das spätere Beseitigen der Verschlüsse einzurechnen. Der Dichtigkeitsnachweis ist über die Dauer von 3 Tagen zu erbringen. Hierüber ist eine Niederschrift anzufertigen.

Bei Undichtigkeiten ist auf Kosten des AN das Bauwerk zu entleeren, die Undichtigkeit zu beheben und die Dichtigkeit erneut nachzuweisen. Vergütung erfolgt nur einmal.

Volumen: 55 m^3.

Auch bei dieser Position sollten die Bieter eine Pauschale eintragen. Im Angebot der Antragstellerin findet sich ein Betrag von 43.972,01 €. Die Pauschalen der drei Konkurrenten sind um mehr als 40.000 € niedriger.

Im Leistungsverzeichnis gibt es 14 weitere Positionen, die sich nur beim Fassungsvermögen des auf Dichtigkeit zu prüfenden Anlageteils von OZ 1.10.810 unterscheiden. Dort hat die Antragstellerin folgende Pauschalen eingetragen:

OZ 1.11.590 (2 x 3.161 m^3)	2.275,45 €
OZ 1.11.600 (20 m^3)	258,00 €
OZ 1.12.710 (45 m^3)	94,58 €
OZ 1.13.810 (1.200 m^3)	1.407,45 €
OZ 1.13.820 (2,5 m^3)	140,37 €
OZ 1.14.810 (1.200 m^3)	1.407,45 €
OZ 1.14.820 (2,5 m^3)	140,37 €
OZ 1.15.480 (45 m^3)	319,76 €
OZ 1.6.580 (45 m^3)	319,76 €
OZ 1.7.630 (20 m^3)	222,26 €
OZ 1.8.540 (225 m^3	899,09 €
OZ 1.9.720 (250 m^3)	886,32 €
OZ 1.9.730 (4 m^3)	140,37 €
OZ 1.9.1060 (8 m^3)	240,64 €

Diese Beträge summieren sich auf 8.751,87 € für die Prüfung von insgesamt 14 Anlageteilen und damit auf gerade einmal rund 20 % der zu OZ 1.10.810 eingetragenen Pauschale.

Nachdem dem Auftraggeber diese (sowie weitere, inzwischen auf unterschiedliche Weise erledigte) Ungereimtheiten aufgefallen waren, forderte er mit Schreiben vom 19.07.2017 die Antragstellerin zur Vorlage des ausgefüllten Preisblatts 221 oder 222 vor. Weiter heißt es in dem Schreiben unter der Überschrift „Auskömmlichkeit":

„Bei der Überprüfung Ihres Angebotes zeigte sich, dass verschiedene der von Ihnen angebotenen Preise gegenüber den Mitbewerbern ungewöhnlich/auffällig niedrig bzw. hoch sind. Gem. § 16d (1) Nr. 1 EU VOB/A darf auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen bzw. hohen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden. Wir bitten Sie daher, uns die Auskömmlichkeit Ihrer Ein-

heitspreise (insbesondere für die im beigefügten Formblatt 223 aufgeführten Positionen) und Ihres Gesamtangebotes zu bestätigen.

Zusätzlich bitten wir – gemäß Ziffer D) der Angebotsaufforderung zu o.g. Maßnahme – um Aufgliederung der Einheitspreise entsprechend dem beigefügten Formular 223 (siehe Anlage 1). Sollten die Einheitspreise bzw. das Gesamtangebot unterhalb Ihrer Kosten liegen, erläutern Sie innerhalb der unten genannten Frist, warum trotz des Unterkostenangebots die Vertragsdurchführung und Erfüllung von Gewährleistungsansprüchen nicht gefährdet sind."

In dem daraufhin von der Antragstellerin vorgelegten Preisblatt ist u.a. eingetragen

OZ	Zeitansatz	Löhne	Stoffe	Geräte	Sonstiges	Einheitspreis
1.1.20	**741,21**	**50.404,02**	**35.320,00**	**54.938,95**	**–**	**140.663,03**
2.1.20	0,764	51,95	379,15	–	–	431,11
3.1.20	0,764	51,95	379,15	–	–	431,11
1.10.810	**398,579**	**27.104,24**	**16.170,3**	**750,47**	**–**	**43.972,01**
1.11.590	6,112	415,50	1.848,34	11,51	–	2275,45
1.11.600	3,056	207,80	48,76	1,44	–	258,00
1.12.710	0,904	61.47	31,41	1,70	–	94,58
1.13.810	6.112	415,60	980,34	11,51	–	1.407,45
1.13.828	1,528	103,90	35,03	1,44	–	140,37
1.14.810	6,112	415,60	980,34	11,51	–	1407,45
1.14.820	1,528	103,90	35,03	1,44	–	140,37
1.15.480	3,056	207,80	106,21	5,75	–	319.76
1.6.580	3,056	207,80	106,21	5,75	–	319.76
1.7.630	2,292	155,85	62,81	3,60	–	222.26
1.8.540	6,112	415,60	474,86	8,63	–	899,09
1.9.720	6,112	415,60	462,09	8,63	–	886,32
1.9.730	1,528	103,90	35,03	1,44	–	140,37
1.9.1060	3,056	207,80	31,40	1,44	–	240,64
Summe ohne 1.10.810	**50,564**	**3.438,12**	**5.237,86**	**75,79**	**–**	**8.751,87**

„Mit Schreiben vom 19.07.2017 baten wir zu Ihrem Angebot um Aufgliederung diverser Einheitspreise nach Maßgabe des Formblattes 223, also um eine Aufgliederung der Einheitspreise in Löhne, Stoffe, Geräte und sonstige Kosten. Grund dieser Nachfrage ist, dass die in der Anlage 1 bezeichneten Einheitspreise im Wettbewerb auffallend hoch bzw. auffallend niedrig sind und sich insoweit die Frage stellt, wie diese mit dem Herstell- bzw. Beschaffungskosten korrelieren. Mit Schreiben vom 25.07.2017 haben Sie „Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation" sowie die „Aufgliederung der Einheitspreise" vorgelegt. Am 07.08.2017 haben Sie die Urkalkulation zu Ihrem Angebot vorgelegt, die gegenüber der bereits vorliegenden Aufgliederung der Einheitspreise entsprechend dem Formblatt hinsichtlich der Bildung der

Mit Schreiben vom 01.08.2017 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, er benötige zur weiteren Prüfung die vollständige Urkalkulation. Deren Vorlage half aber nicht weiter; insbesondere gab sie keinen Aufschluss darüber, welche Annahmen der Kalkulation der Pauschalen für OZ 1.1.20 und OZ 1.10.810 zugrunde lagen. Bemerkenswert ist allenfalls, dass der gesamte Wasserverbrauch mit (umgerechnet) 15.668,81 € angesetzt ist, wovon 6.249,65 € auf „Gemeinkosten an der Baustelle" und 9.417,16 € auf „Sonstige Einzelkosten" entfallen.

Mit Schreiben vom 09.08.2017 lud der Auftraggeber die Antragstellerin zu einem Bietergespräch zur „Aufklärung von Angebotspreisen gemäß § 16d EU, (1) Nr. 2 VOB/A" und zur „Aufklärung des Angebotsinhalts gemäß § 15 EU VOB/A". In dem Schreiben heißt es weiter:

Einheitspreise keinen weitergehenden Informationsgehalt hat.

Aus den vorgelegten Unterlagen gehen jedoch nicht diejenigen Informationen hervor, die zur Beurteilung Ihres Angebotes notwendig sind. Wir benötigen für die in Anlage 1 genannten Positionen Informationen darüber, wie sich die einzelnen Bestandteile Ihrer Preiskalkulation konkret zusammensetzen.

D.h., dass wir Sie bitten, uns für diese Positionen (jeweils positionsbezogen) folgende Informationen zu geben:

1. Lohn:

Welche Tätigkeiten in welchem Umfang liegen den angegeben Lohnkosten in den genannten Positionen zu Grunde?

2. Material:

Welche Materialien liegen den angegebenen Materialkosten in den genannten Positionen zu Grunde?

3. Geräte:

Welche Geräte mit welchen Einsatzzeiten liegen den angegebenen Gerätekosten mit welchen gerätebezogenen Kosten zu Grunde?“

Die Antworten sollten bis zum 15.08.2017, 12.00 Uhr schriftlich beim Auftraggeber eingehen. In der dem Schreiben beigefügten Anlage 1 waren u.a. OZ 1.1.20 und OZ 1.10.810 aufgeführt.

Wegen des Umfanges der daraufhin von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen – insgesamt sieben Aktenordner – wurde das ursprünglich für den 16.08.2017 vorgesehene Bietergespräch auf den 21.08.2017 verschoben.

Zur OZ 1.1.20 enthielten diese Unterlagen nichts, was über die Informationen hinausgeht, die dem Auftraggeber bereits bekannt waren. Keine einzige der drei Fragen aus dem Schreiben des Auftraggebers vom 19.08.2017 wurde beantwortet.

Demgegenüber finden sich in den neuen Unterlagen folgende Aufschlüsselungen zu OZ 2.1.20 und OZ 3.1.20:

02.01.0020 Lagerplatz für die Sortierung und getrennte La 1,00 psch 431,11 1,00 431,11

Pos	Bezeichnung	KGR	Einheit	Kalk-Ansatz	EK / Einheit	Einzelkosten	Zuschlag	Bau-EP
001	Containerstellung	2	Stck	1,0000	81,54	81,54	1,24000	101,11
002	Entsorgung Baumischabfall	2	t	1,5000	149,49	224,23	1,24000	278,05
003	Mittellohn	1	Std	0,7640	46,26	35,34	1,47000	51,95

Daraus lässt sich z.B. ersehen, dass ein Container und die Entsorgung von 1,5 Mg Bauabfall mit zusammen 379,16 € angesetzt wurden.

Entsprechendes fehlt zu OZ 1.1.20; ob es nie eine Aufschlüsselung gab und ob sie bewusst nicht vorgelegt wurde, ist ungeklärt. Rechnet man die Angaben im Preisblatt analog der Aufschlüsselung zu OZ 2.1.20 und OZ 3.1.20 um, ergeben sich ca. 240 Container und 360 Mg Bauabfall.

Hinsichtlich der OZ 1.10.810 (55 m^3) enthielten die neuen Unterlagen zumindest folgende zusätzliche Informationen:

Demgegenüber findet man bspw. zu OZ 1.9.720 (250 m^3) folgendes:

02.01.0020 Lagerplatz für die Sortierung und getrennte La 1,00 psch 431,11 1,00 431,11

Pos	Bezeichnung	KGR	Einheit	Kalk-Ansatz	EK / Einheit	Einzelkosten	Zuschlag	Bau-EP
001	Containerstellung	2	Stck	1,0000	81,54	81,54	1,24000	101,11
002	Entsorgung Baumischabfall	2	t	1,5000	149,49	224,23	1,24000	278,05
003	Mittellohn	1	Std	0,7640	46,26	35,34	1,47000	51,95

Damit war zwar erklärt, dass sich der Kostenfaktor „Stoffe“ aus den Kosten für nicht näher bezeichnete Kleinteile und Wasser zusammensetzte und eine bestimmte Pumpe zum Einsatz kommen soll. Es blieb aber weiterhin ein Geheimnis der Antragstellerin, weshalb die Dichtigkeitsprobe eines Anlageteils mit einem Fassungsvermögen von 55 m^3 ca. 5000 % mehr kosten soll als eine vergleichbare Leistung bei einem Becken mit 250 m^3 oder warum die bei OZ 1.10.810 angesetzten Arbeitsstunden die Summe der Arbeitsstunden für alle anderen 14 Dichtigkeitsproben um den Faktor 7,8 übersteigen.

An dem Bietergespräch am 21.08.2017 nahmen für die Antragstellerin der Geschäftsführer Herr B. sowie zwei Mitarbeiter teil, für den Auftraggeber u.a. Herr Br. als Projektleiter. In dem „Protokoll Aufklärungsgespräch nach § 15 VOB/A“, das der Antragstellerin am 22.08.2017 zugeschickt wurde und unwidersprochen blieb, ist u.a. zu lesen:

„Position 1.8.540 – Dichtigkeitsprobe sowie die weiteren Dichtigkeitsprobepositionen, insbesondere die Position 1.10.810:

Es geht hierbei um die Positionen 1.6.580, 1.7.630, 1.8.540, 1.9.720, 1.9.730, 1.9.1060, 1.10.810, 1.11.590, 1.11.600, 1.12.710, 1.13.810, 1.13.820.

Bei den erstgenannten Positionen korrespondiert das Beckenvolumen mit der für die Kontrolle angesetzten Wassermenge. Bei der Position 1.10.810 ist eine Wassermenge von über 7.000 m^3 kalkuliert gegenüber einem Beckenvolumen von 55 m^3 und ein erheblicher Lohnansatz von 400 Stunden. Bei den nachfolgenden Positionen in der Tabelle ist bei einem relativ großen Beckenvolumen eine Mindermenge an Wasser kalkuliert. Wie kommt das?

Antwort:

Im Wasserpreis ist berücksichtigt, dass wir im Hinblick auf den Klarwassereinsatz bestrebt sind, die Wassermenge zu reduzieren. Daraus ergibt sich ein Ansatz von 1,40 € je m^3. Bei der Leistungsposition 1.10.810 wurde sich mit der Wassermenge wohl vertan. Bei der kalkulierten Lohnleistung ist zu berücksichtigen, dass wir verpflichtet sind, Undichtigkeiten der Becken, die auf unsere Leistung zurückzuführen sind, abzudichten. Das ist die Leistung, die sich hinter dem Lohn verbirgt. Sind in den Becken Öffnungen, zum Beispiel weil da Rohre durchführen, sind die von uns einzudichten. Auch das ist in der Lohnleistung mit drin.

Frage:

Warum haben Sie dann bei der einen Position 1.10.810 so viel an Lohnleistung kalkuliert und bei den übrigen nicht?

Antwort:

Wenn wir einen Überblick haben, dann passt das, er (gemeint ist der Kalkulator Herr Schläger) hat bei dieser Position schließlich ja auch zu viel Wasser kalkuliert.

Herr Br. erläutert:

Wir haben aufaddiert ein Beckenvolumen von 8.000 m^3, kalkuliert haben Sie insgesamt 9.000 m^3 (gerundet). In der einen Position nur so viel – wie kommt das?

Antwort:

Da muss man sich nichts vormachen, nicht jedes Becken wird halten. Aufaddiert passt die Wassermenge."

Die Position OZ 1.1.20 kam am 21.08.2017 nicht mehr zur Sprache.

Mit Schreiben vom 31.08.2017 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot ausgeschlossen worden sei und die Beigeladene beauftragt werde solle. Den hiergegen gerichteten Nachprüfungsantrag hat die Vergabekammer als unbegründet zurückgewiesen.

II. Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung (§ 173 Abs. 1 Satz 3 GWB) ist abzulehnen, weil die sofortige Beschwerde keine Erfolgsaussichten hat und kein Grund ersichtlich ist, dem Auftraggeber weiterhin den Abschluss des Vergabeverfahrens durch Erteilung des Zuschlags zu versagen. Das Angebot der Antragstellerin wurde zu Recht ausgeschlossen.

1. Der Auftraggeber war zweifelsohne berechtigt, von der Antragstellerin gem. § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A Aufklärung zu den von ihr angesetzten Preisen für OZ 1.1.20 und OZ 1.10.810 zu verlangen. Die Antragstellerin ist Bestbieterin. Wenn mit ihrem Angebot alles in Ordnung gewesen wäre, aber auch nur dann, hätte sie beauftragt werden müssen. Ob aber alles in Ordnung war, stellte der Auftraggeber zu Recht in Frage.

Die exorbitanten Abweichungen von den eigenen Preisen der Antragstellerin bei ähnlichen Positionen sowie von den Preisen der Konkurrenten waren weder durch einen höheren Leistungsumfang noch durch Marktgegebenheiten oder -besonderheiten zu erklären, weshalb sie vom Auftraggeber auch nicht ignoriert werden konnten. Der Verdacht einer unzulässigen „Mischkalkulation"[1] drängte sich geradezu auf. Wenn es überhaupt eine (vergaberechtskonforme) Erklärung gab, war nur die Antragstellerin in der Lage, diese zu geben.

2. Die Aufklärung nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist eine Angelegenheit allein zwischen dem Auftraggeber und dem Unternehmen, und zwar innerhalb der vom Auftraggeber festgesetzten Frist. Deshalb sind alle Erklärungsversuche, die sich erstmals in den Schriftsätzen des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin an die Vergabekammer oder den Senat finden, von vorn herein unbeachtlich.

3. Mit Blick auf OZ 1.1.20 bleibt nur die Feststellung, dass die Antragstellerin keine einzige der ihr mit Schreiben vom 09.08.2017 gestellten Fragen innerhalb der am 15.08.2017, 12.00 Uhr abgelaufenen Frist beantwortete, sie also die ihr gesetzte Frist ohne Antwort verstreichen ließ – was für den zwingenden Angebotsausschluss gem. § 15 EU Abs. 2 VOB/A ausreicht. Ob man in dem Verhalten der Antragstellerin auch, wie die Vergabekammer, eine Verweigerung sehen kann (wofür vieles spricht), kann dahinstehen.

Die Behauptung der Antragstellerin, sie hätte dem Auftraggeber nicht mehr als geschehen mitteilen können, ist abwegig. Zum einen hat sie in den Schriftsätzen ihres Verfahrensbeteiligten mehr mitgeteilt – dies allerdings zu spät; im Vergabeverfahren hat sie offensichtlich nur gemauert. Zum anderen geht Senat davon aus, dass auch bei der Antragstellerin nicht mit dem Würfelbecher kalkuliert

1 Im Sinne der Rechtsprechung des BGH, Beschl. v. 18.05.2004 – X ZB 7/04.

wird und deshalb zumindest die für die Erstellung des Angebots verantwortliche Person in der Lage gewesen sein müsste z.B. darzulegen, welche Tätigkeiten sich auf ca. 740 Arbeitsstunden für rund 50.000 € summieren oder welche Geräte mit welchen Einsatzzeiten knapp 55.000 € kosten sollen. Dies war von Seiten der Antragstellerin offenbar nie gewollt. Es mag ja sein, dass in der Position OZ 1.1.20 „eine Vielzahl von Leistungen" steckt, die einkalkuliert werden müssen. Diese Feststellung vermag allerdings noch nicht einmal im Ansatz einen plausiblen Hinweis darauf liefern, warum diese Position einen sechsstelligen Betrag kosten soll, während für zwei vergleichbare Positionen gerade einmal jeweils 431,11 € kalkuliert wurden. Und noch weniger vermag sie zu erklären, warum die Antragstellerin außerstande gewesen sein soll mitzuteilen, welche Kostenfaktoren sie wie in ihre Kalkulation einbezogen hatte. Soweit die Antragstellerin nunmehr beklagen lässt, es sei auch unklar gewesen, was überhaupt zu der Position mit der OZ 1.1.20 gehört, beschränkt sich der Senat auf den Hinweis, dass dann nichts näher gelegen hätte als eine Nachfrage beim Auftraggeber.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass das gesamte Verhalten der Antragstellerin den Verdacht (der bewussten Verschleierung) einer unzulässigen „Mischkalkulation" nahezu zur Gewissheit verstärkt hat.

4. Ohne dass es für die jetzt zu treffende Entscheidung noch darauf ankäme, sei darauf hingewiesen, dass der Senat auch hinsichtlich OZ 1.10.810 zur Bejahung des Ausschlussgrundes nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A neigt, weil insoweit insbesondere die Frage zu den Lohnkosten innerhalb der bis zum 15.08.2017, 12.00 Uhr laufenden Frist unbeantwortet blieb und die Antragstellerin somit – wenn überhaupt – nur eine unzureichende Teilaufklärung geboten hatte.

Darüber hinaus teilt der Senat auch die Auffassung des Auftraggebers und der Vergabekammer, dass das Herumdrucksen der Vertreter der Antragstellerin am 21.08.2017 zu OZ 1.10.810 nur als Eingeständnis einer unzulässigen „Mischkalkulation" interpretiert werden kann – womit grundsätzlich der Ausschlussgrund der unvollständigen, da inhaltlich unrichtigen Preisangabe (§ 16 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A) gegeben ist. Zwar besteht bei jeder Dichtigkeitsprobe das kalkulationsrelevante Risiko des Fehlschlags mit der Notwendigkeit einer Wiederholung. Aus den übrigen Preisen lässt sich allerdings ein Preis für eine Prüfung bei OZ 1.10.810 in einer Größenordnung von höchstens 400 € ableiten. Mit dem im Angebot angesetzten Betrag ließe sich die Prüfung des fraglichen Vorlageschachtes somit mindestens 100 mal wiederholen – eine Annahme, die unmöglich Grundlage der Kalkulation gewesen sein kann. Auch wenn die Erfahrung dafür sprechen sollte, dass „nicht jedes Becken" beim ersten Versuch dicht sein wird, erscheint es zudem ausgeschlossen, dass der Betrag von 43.972,01 € nur die „gesammelten" Risikozuschläge für alle 15 zu prüfenden Anlageteile enthält. Für diesen Betrag ließe sich jedes Becken 4–5 mal prüfen, was als Kalkulationsgrundlage allenfalls dann einen Sinn ergäbe, wenn der Verantwortliche davon ausging, die vor Ort tätigen Mitarbeiter der Antragstellerin seien völlig unfähig.

Soweit die Antragstellerin vortragen lässt, es fehle ihr an einem Manipulationswillen sowie an einer Manipulationsmöglichkeit, so ist dies unerheblich. Maßgegend ist allein, dass eine Preisangabe unzutreffend ist. Die Motive hierfür interessieren nicht; darüber muss auch nicht aufgeklärt werden.[2] In Falle der unzulässigen Anreicherung eines Preises muss auch nicht ermittelt werden, ob und an welcher Stelle eine Kompensation durch „Abpreisung" erfolgte.[3]

Diskutiert werden könnte allenfalls die weder von der Antragstellerin noch der Vergabekammer angesprochene Frage, ob die Position OZ 1.10.810 unwesentlich und im Ergebnis nicht wettbewerbsrelevant i.S.d. § 16 EU Nr. 3 VOB/A ist. Letztlich kommt es aber auch darauf nicht an, weil der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin schon von § 15 EU Abs. 2 VOB/A getragen wird.

Anmerkung:
von Rechtsanwalt Cornelius Hartung, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, München*

1. Das OLG Koblenz befasst sich in seinem Beschluss vom 04.01.2018 mit dem zwingenden Ausschluss eines Angebots nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A infolge unterlassener Aufklärung. Die Vergabestelle/Antragsgegnerin schrieb den Ausbau von Abwasserreinigungsanlagen EU-weit nach dem 2. Abschnitt der VOB/A aus. Vier Bieter haben ein Angebot abgegeben. Das Angebot der Antragstellerin lag an erster Stelle. Für den Lagerplatz für die Sortierung und getrennte Lagerung von Baustellenabfällen hat die Antragstellerin eine Pauschale von 140.663,03 € eingetragen, wobei die Pauschalen der drei Mitbieter teils deutlich unter 4.000,00 € lagen. Für gleichlautende Positionen hat die Antragstellerin bei anderen Funktionsabschnitten 431,11 € eingetragen, wobei der Höchstpreis der Mitbieter unter 3.000,00 € lag. Bei einer weiteren Position für die Dichtigkeitsprobe hat die Antragstellerin einen Betrag in Höhe von 43.972,01 € angegeben, wobei die Pauschalen der Mitbieter um mehr als 40.000,00 € niedriger lagen. Für weitere 14 Positionen des Leistungsverzeichnisses ebenfalls

2 So Dicks, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 56 Rdnr. 70; s.a. Senatsbeschl. v. 02.01.2006 – 1 Verg 6/05.
3 Dicks, a.a.O., Rdnr. 73.
* Rechtsanwaltskanzlei Dr. Kainz & Partner mbB

für Dichtigkeitsproben hat die Antragstellerin insgesamt 8.751,87 €, also ca. 20 % der oben genannten Position mit 43.972,01 € angeboten. Die anschließende Aufklärung durch die Vergabestelle stellt sich wie folgt dar:

– 19.07.2017: Aufforderung zur Vorlage der Preisblätter 221, 222 und 223 mit der Bitte um Aufklärung,
– 25.07.2017: Vorlage der ausgefüllten Preisblätter,
– 01.08.2017: Aufforderung zur Vorlage der vollständigen Urkalkulation,
– 07.08.2017: Vorlage der Urkalkulation,
– 09.08.2017: Einladung zu einem Bietergespräch für den 16.08.2017 mit der Aufforderung zur Beantwortung von drei Fragen bis zum 15.08.2017,
– 15.08.2017: Vorlage weiterer Unterlagen ohne Beantwortung der Fragen und Verschieben des Bietergesprächs,
– 21.08.2017: Bietergespräch mit der Beantwortung von Fragen und
– 31.08.2017: Angebotsausschluss.

2. Die Vergabekammer hat den hiergegen gerichteten Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückgewiesen. Das OLG Koblenz bestätigt diese Entscheidung in seiner Ablehnung auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung (§ 173 Abs. 1 Satz 3 GWB). Nach Auffassung des OLG Koblenz konnte die Vergabestelle zu Recht nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A Aufklärung zu den von der Antragstellerin angebotenen Preisen verlangen. Der Verdacht einer unzulässigen „Mischkalkulation“ hat sich geradezu aufgedrängt. Das OLG Koblenz stellt zunächst fest, dass Erklärungsversuche zu den angebotenen Preisen nicht in einem Vergabenachprüfungsverfahren nachgeschoben werden können und diese deshalb unbeachtlich sind. Zur Sache stellt das OLG Koblenz fest, dass die von der Vergabestelle geforderte Aufklärung durch die Antragstellerin unzureichend war. Nach Auffassung des OLG Koblenz hätte „das gesamte Verhalten der Antragstellerin den Verdacht (der bewussten Verschleierung) einer unzulässigen „Mischkalkulation“ nahezu zur Gewissheit verstärkt.“ Für einen Angebotsausschluss hätte es bereits ausgereicht, dass die Antragstellerin die mit Schreiben vom 09.08.2017 gestellten Fragen nicht bis zum 15.08.2017 beantwortet hat.

3. Aufgrund der unterlassenen Aufklärung musste die Vergabestelle das Angebot der Antragstellerin nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A 2016 zwingend ausschließen. § 15 EG Abs. 2 VOB/A 2012 hat der Vergabestelle noch ein Ermessen („… so kann sein Angebot unberücksichtigt bleiben“) eingeräumt. § 15 Abs. 5 VgV enthält außerhalb des Baubereichs keine Regelung zu den Folgen der Verweigerung einer Aufklärung. Das Gleichbehandlungsgebot und der Grundsatz des fairen Wettbewerbs sprechen dafür, § 15 EU Abs. 2 VOB/A entsprechend anzuwenden.

Bauauftrag; Bauleistung nach Anhang II; Schwellenwert; Antrag auf Untersagung der Vertragsdurchführung; Interessenabwägung; Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung; Rechtsschutzbedürfnis

GWB §§ 103 Abs. 3, 106, 135 Abs. 2, 169 Abs. 3, 173 Abs. 1 Satz 3.

1. Hat der Auftraggeber bereits den Zuschlag erteilt und besteht keine Gefahr, dass er durch dessen Wiederholung (ggf. unter Vermeidung eines zuvor gerügten Fehlers) vollendete Tatsachen schafft, bedarf es einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nicht.

2. Die mit Erdbewegungsarbeiten verbundene Munitionsbergung ist funktionell mit Felsabbau und Sprengungen zu vergleichen und fällt daher unter Nr. 45.11. der nicht abschließenden Aufzählung in Anhang II Richtlinie 2014/24/EU.

OLG Rostock, Beschl. v. 21.07.2017 – 17 Verg 3/17 – „Munitionsbergung“.

Aus den Gründen: 1. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde (§ 173 Abs. 1 Satz 3 GWB) ist als unzulässig zu verwerfen, da ihm das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

Die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen eine den Nachprüfungsantrag ablehnende Entscheidung der Vergabekammer soll die Erteilung des Zuschlags während des Beschwerdeverfahrens nach Ablauf der Zweiwochenfrist des § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB verhindern. Der Zuschlag ist hier indes schon am 23.05.2017 erteilt worden, die Beschwerdeführerin begehrt insoweit auch die Feststellung der Unwirksamkeit des Vertragsschlusses gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2 GWB. Zumindest wenn keine Gefahr besteht, dass die Vergabestelle durch Wiederholung des streitigen Zuschlags – ggf. Unter Vermeidung eines zuvor gerügten Fehlers – einseitig vollendete Tatsachen schafft, bedarf es einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht.[1] Hier besteht die Gefahr einer erneuten Erteilung des Zuschlags vor Durchführung des von der Beschwerdeführerin begehrten europaweiten Vergabeverfahrens offenkundig nicht.

1 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.05.2012 – VII-Verg 15/12, juris.

2. Der zulässige Antrag der Beschwerdeführerin auf einstweilige Untersagung der Bautätigkeiten der von der Antragsgegnerin beauftragten ‚O. GmbH' ist als unbegründet zurückzuweisen.

Zwar kann der Senat wie die Vergabekammer entsprechend § 169 Abs. 3 GWB in das Vergabeverfahren eingreifen, wenn die Rechte der Beschwerdeführerin auf andere Weise als durch einen drohenden Zuschlag gefährdet sind. Insoweit wäre auch eine einstweilige Untersagung der Bautätigkeiten des beauftragten Unternehmens möglich, die in Vollzug eines unwirksamen Zuschlags erfolgen, denn selbst wenn später die Auftragserteilung gem. § 135 Abs. 2 GWB für unwirksam erklärt und der Vertrag nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt wird, wären die ausgeschriebenen Arbeiten tatsächlich ausgeführt und es entfiele deshalb die ursprüngliche Beschaffungsabsicht mit der Folge, dass der auf Erteilung des Auftrags gerichtete Primärrechtsschutz der Antragstellerin leerliefe.

Einstweilige Maßnahmen gem. § 169 Abs. 3 GWB sind hier nach der gem. § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB vorzunehmenden Interessenabwägung indes nicht veranlasst, weil die sofortige Beschwerde der Antragstellerin unbegründet ist. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag vom 29.05.2017 mit zutreffender Begründung als unzulässig verworfen, da ein Bauauftrag gem. § 103 Abs. 3 GWB vorliegt, der für eine EU-weite Ausschreibung gem. § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB, Art. 4 RL 2014/24/EU maßgebliche Schwellenwert von 5,225 Mio. € nicht erreicht wird und somit der Rechtsweg nach §§ 155, 156 GWB nicht eröffnet ist.

Gem. § 103 Abs. 3 Nr. 1 GWB gehören zu den Bauaufträgen u.a. Verträge über die Ausführung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der Tätigkeiten, die in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU genannt sind. Diese Definition entspricht Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 a) der Richtlinie 2014/24/EU. Nach Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 2014/24/EU soll ein Auftrag dagegen nur dann als öffentlicher Bauauftrag gelten, wenn er speziell die Ausführung der in Anhang II aufgeführten Tätigkeiten zum Gegenstand hat, und zwar auch dann, wenn er sich auf andere Leistungen erstreckt, die für die Ausführung dieser Tätigkeiten erforderlich sind.

Hier fallen die ausgeschriebenen Arbeiten unmittelbar unter Nr. 45.1 und 45.11 des Anhangs II der RL 2014/24/EU – Vorbereitende Baustellenarbeiten/Erdbewegungsarbeiten, so dass es auf einen möglichen Widerspruch zwischen Erwägungsgrund 8 und Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 a) RL 2014/24/EU nicht ankommt.

Die ausgeschriebene Munitionsbergung ist mit umfangreichen Erdbewegungsarbeiten verschiedener Tiefe verbunden. Sowohl die Munitionsbergung als auch die Erdbewegungsarbeiten sollen in erster Linie nicht der Gefahrenabwehr dienen, sondern stellen eine Vorbereitung des gesamten Baufeldes für die anschließend beabsichtigte Errichtung von Gebäuden dar. Die Tiefe der Erdarbeiten sowie das Wiedereinbringen und Verdichten des Erdreiches sollen in Abhängigkeit von der späteren Gebäudeerrichtung erfolgen. Die Aufzählung in Nr. 45.11 „Erdbewegungen: Ausschachtung, Erdauffüllung, Einebnung und Planierung von Baugelände, Grabenaushub, Felsabbau, Sprengen usw." ist nicht abschließend,[2] so dass auch die mit Erdbewegungsarbeiten verbundene Munitionsbergung, die funktionell mit Felsabbau und Sprengungen vergleichbar ist, unter Nr. 45.11 fällt. Die vorbereitenden Baustellenarbeiten müssen nicht gleichzeitig mit der eigentlichen Baumaßnahme erfolgen, da das Erfordernis der Gleichzeitigkeit gem. § 103 Abs. 3 GWB nur die Planung und Ausführung von Bauleistungen betrifft.

Da die Auslegung des Gemeinschaftsrechts hier nicht zweifelhaft erscheint,[3] hat keine Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 AEUV zu erfolgen und stellt sich nicht die Frage, ob dies schon im Eilverfahren angezeigt wäre.

3. Eine Kostenentscheidung ist erst mit der Entscheidung in der Hauptsache zu treffen.

---

2 Vgl. Zeiss, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 103 GWB Rdnr. 56.

3 Vgl. auch VK Bund, Beschl. v. 08.08.2001 – VK 2-22/01 zum gleichlautenden Art. 1 Abs. 2 b) RL 2004/18/EG; Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 103 Rdnr. 411.

Verhandlungsverfahren; Teilnahmewettbewerb; Eignung; Referenzen; Vergleichbarkeit; Beurteilungsspielraum; Rügeobliegenheit; Präklusion; Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung; Erfolgsaussichten

GWB (a.F.) §§ 101 Abs. 5, 118 Abs. 1; VOL/A-EG §§ 3 Abs. 3, 10 Abs. 1.

1. Wenn der Auftraggeber für die Referenzprüfung näher festlegt, wann ein vergleichbares Projekt vorliegt, und sich der Antragsteller gegen diesen Auslegungsmaßstab wenden will, muss er auch vortragen, inwieweit dieser zu seinen Lasten sachwidrig ist.

2. Es ist ohne Beurteilungsfehler, wenn der Auftraggeber geforderte Referenzen für Mitarbeiter nicht

berücksichtigt, wenn vom Bieter keine mitarbeiterbezogenen Leistungen, sondern nur unternehmensbezogene Leistungen benannt werden.

OLG Rostock, Beschl. v. 27.03.2017 – 17 Verg 1/17 – „IT-Berater".

Aus den Gründen: Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin vom 27.01.2017 gegen den Beschluss der Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern vom 13.01.2017 – 1 VK 4/16 – ist nicht gem. § 118 Abs. 1 Satz 3 u. Abs. 2 GWB a.F. zu verlängern. Nach der gebotenen summarischen Bewertung des Sach- und Streitstandes wird die sofortige Beschwerde erfolglos bleiben, denn die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

I. Bei einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (§ 101 Abs. 5 GWB a.F., §§ 3 Abs. 3, 10 Abs. 1 EG VOL/A a.F.) steht der Vergabestelle im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung, d.h. bei der Auswahl der formell geeigneten Teilnehmer für das Verhandlungsverfahren, ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zu. Diesen Beurteilungsspielraum hat die Antragsgegnerin nicht zulasten der Antragstellerin verletzt. Die Nachprüfung durch den Senat ist dabei auf die Frage beschränkt, ob das Ermessen bei der Auswahlentscheidung rechtmäßig ausgeübt wurde.

Die Auswahlentscheidung unter den Teilnehmern ist hier durch eine Bewertungsmatrix erfolgt, bei der u.a. verschiedene Referenzen mit Punkten bewertet wurden. Die Antragstellerin, die wie die drei Erstplatzierten von der Antragsgegnerin als formell geeignet angesehen wurde, hat unter Abzug von drei Punkten insgesamt 30 Punkte erhalten, die besser platzierten Konkurrenten wurden mit 31, 31,5 und 32 Punkten bewertet.

Die Antragsgegnerin hat ohne Beurteilungsfehler jedenfalls eine Referenz der Gesamtprojektleiterin H. (B 6), eine Referenz des stellvertretenden Gesamtprojektleiters S. (B 7), drei Referenzen des Consultants P. (B 8), eine Referenz des Consultants Pa. (B 8) und zwei Referenzen des Mitarbeiters H. (B 12) nicht akzeptiert; diese fehlenden Referenzen führen zu einem Abzug von drei Punkten (0,5 P. für B 6 + 0,5 P. für B 7 + 1 P. für B 8 + 1 P. für B 12). Auf die übrigen nicht akzeptierten Referenzen kommt es nicht an.

1. Gemäß Punkt 9.2 der Bewerbungsbedingungen waren mit den Formularen B 6 und B 7 für die Höchstpunktzahl (jeweils 1,5) mindestens drei Projektreferenzen des Gesamtprojektleiters und des Stellvertreters über ein Softwareeinführungsprojekt in einer mit dem Auftragsgegenstand vergleichbaren Größe anzugeben.

Die Antragstellerin ist entsprechend den Ausführungen der Vergabekammer mangels Rüge gem. § 107 Abs. 3 Nr. 2 GWB a.F. präkludiert, soweit es um die Anwendung des unbestimmten Begriffs „Softwareeinführungsprojekt in einer mit dem Auftragsgegenstand vergleichbaren Größe" geht. Damit untrennbar verbunden ist die erforderliche Konkretisierung und Auslegung des Begriffs „Softwareeinführungsprojekt in einer mit dem Auftragsgegenstand vergleichbaren Größe" bei Bewertung der vorgelegten Referenzen.

Von der Rügeobliegenheit gem. § 107 Abs. 3 Nr. 2 GWB a.F. sind allerdings der konkret angewendete Auslegungsmaßstab und die konkrete Punktevergabe nicht umfasst, denn beides war aus der Bekanntmachung und den Bewerbungsbedingungen nicht erkennbar, auch handelt es sich insoweit nicht um einen untrennbaren Folgefehler.

Die Antragsgegnerin hat als Auslegungsmaßstab für den unscharfen Begriff „Softwareeinführungsprojekt in einer mit dem Auftragsgegenstand vergleichbaren Größe" herangezogen, dass ein vergleichbares Softwareeinführungsprojekt nur vorliegt, wenn das Referenzprojekt einen Auftragswert von mindestens 1 Mio. € oder einen Umfang von mindestens 1.000 Projekttagen oder eine Nutzerzahl von mindestens 1.000 aufweist. Dieser Auslegungsmaßstab ist angesichts des geschätzten Auftragswertes von über 30 Mio. € und der vom Auftragsgegenstand betroffenen Nutzerzahl von über 2.000 nicht zulasten der Antragstellerin sachwidrig. Somit liegt es innerhalb des Beurteilungsspielraums der Antragsgegnerin, wenn die Projektreferenz der Gesamtprojektleiterin H. „Einführung Forderungsmanagement, Mahnung und Vollstreckung B." mit einem Auftragswert von nur 300.000 € und die Projektreferenz „S…" des Stellvertreters S. mit nur mehreren 100 Nutzern nicht akzeptiert wurden.

2. Gemäß Punkt 9.2 der Bewerbungsbedingungen waren mit dem Formular B 8 für die Höchstpunktzahl (3) mindestens fünf Consultants (IT-Berater) mit drei Referenzen über die Beteiligung an Einführungs- und/oder Weiterentwicklungsprojekten einer kameralen Buchhaltungssoftware vorzulegen.

Die nicht akzeptierten Referenzen des Mitarbeiters H. sind nicht Gegenstand des Nachprüfungsantrags vom 15.07.2016, der gem. § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB a.F. binnen 15 Tagen nach Mitteilung der Nichtabhilfe vom 06.07.2016 zu stellen war; der Streitgegenstand kann insoweit nachträglich nicht mehr erweitert werden. Für den Mitarbeiter X. wurden schon sechs Referenzen akzeptiert, so dass es auf die übrigen vier Referenzen nicht ankommt.

Für den IT-Berater P. hat die Antragsgegnerin rechtmäßig zumindest drei (von fünf) Referenzen nicht

akzeptiert, die sich auf das Projekt „Betreuung bzw. Einrichtung D. Reporting System“ beziehen. Hierbei handelt es sich um eine anzupassende Standardsoftware, die Daten aus der kameralen Buchhaltungssoftware „ProFiskal“ abschöpfen und zu einem Bericht zusammenfassen kann. Auch wenn für die Einrichtung der Berichtssoftware „D…“ nähere Kenntnisse vom Aufbau der Datenbanken der Buchhaltungssoftware „ProFiskal“ erforderlich sind, liegt es innerhalb des Beurteilungsspielraums der Antragsgegnerin, hierin kein Weiterentwicklungsprojekt einer kameralen Buchhaltungssoftware zu sehen, da die Ausgangssoftware „ProFiskal“ nicht umprogrammiert bzw. weiterentwickelt wurde. Die Definition einer kameralen Buchhaltungssoftware ergibt sich aus der Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes und der Antwort zu Frage 24, die auf das Haushaltsgrundsätzegesetz M-V verweist; die Definition der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 22.12.2016 weicht hiervon nicht erheblich ab. Der Begriff „Weiterentwicklungsprojekt“ ist auslegungsbedürftig, wobei die Antragsgegnerin hier ohne Beurteilungsfehler wiederum den Auftragsgegenstand heranziehen durfte, der die Anpassung einer standardisierten kameralen HKR-Buchhaltungssoftware (durch Customising ohne Quellcodeeingriff und/oder Programmierung mit Quellcodeeingriff) und nach Abnahme die Weiterentwicklung und Anpassung des neuen HKR-Verfahrens aufgrund geänderter Bedürfnisse des Auftraggebers beinhaltet. Hieraus kann im Rahmen der Prognose der zukünftigen fachlichen und technischen Leistungsfähigkeit ohne Ermessens- bzw. Beurteilungsfehler der Schluss gezogen werden, dass sich das geforderte „Weiterentwicklungsprojekt“ mit der Veränderung der kameralen Buchhaltungssoftware selbst, dazu in einer gewissen Projektgröße, befassen muss und die Einrichtung von zusätzlicher Software, die mit der kameralen Buchhaltungssoftware „nur“ Zusammenarbeit, nicht ausreicht.

Für den IT-Berater Pa. hat die Antragsgegnerin rechtmäßig die Referenz „Umstellung ProFiskal (kameral) auf Unit4 Business World (FiBu)“ nicht akzeptiert. Während es sich bei „ProFiskal“ unstreitig um eine kamerale Buchhaltungssoftware handelt, trifft dies auf die eingeführte Software „Unit4 Business World (FiBu)“ im konkreten Fall nicht zu, da beim auftraggebenden L.-Institut eine (doppelte) Finanzbuchhaltung eingeführt wurde. Dass die Software „Unit4 Business World“ nach dem Vortrag der Antragstellerin mit entsprechenden Anpassungen auch als kamerale Buchhaltungssoftware verwendet werden kann, macht aus dem Referenzprojekt kein Einführungs- oder Weiterentwicklungsprojekt einer kameralen Buchhaltungssoftware. Die Nichtakzeptanz dieser Referenz liegt damit innerhalb des Beurteilungsspielraums der Antragsgegnerin.

Auf die Referenzen betr. „Basis-K.“ kommt es nicht mehr an.

3. Gemäß Punkt 9.2 der Bewerbungsbedingungen waren mit dem Formular B 12 für die Höchstpunktzahl (3) mindestens fünf Mitarbeiter mit je drei Projektreferenzen zu einer technischen Konzeption, insbesondere Migration, Schnittstellen und IT-Infrastruktur, anzugeben.

Die Antragsgegnerin hat ohne Beurteilungsfehler zwei von drei Referenzen des Mitarbeiters H. nicht akzeptiert. Hinsichtlich der Projekte „Softwareupgrade auf aktuelle ERP-Version von Unit4“ und „Neues B. Rechnungswesen“ sind aus dem Eintrag in der Zeile „Erläuterung der Leistung des Mitarbeiters zur Technischen Konzeption“ keine mitarbeiterbezogenen Leistungen, sondern nur unternehmensbezogene Leistungen aufgeführt. Die nachträglichen Erläuterungen der Leistungen des H. führen nicht zu einer erneuten Punktevergabe.

II. Mit dem vorliegenden Beschluss hat sich die einstweilige Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch Senatsbeschluss vom 03.02.2017 erledigt.

III. Eine Kostenentscheidung für das Verfahren nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB a.F. ist erst mit der Beschwerdeentscheidung zu treffen.

Dienstleistungskonzession; Unterschwellenvergabe; Informations- und Wartepflicht; Zuschlag; Nichtigkeit des Vertrags; einstweilige Verfügung

GG Art. 3 Abs. 1; BGB §§ 134, 138, 158; ZPO §§ 935, 940.

1. Auch unterhalb der Schwellenwerte und unterhalb einer Binnenmarktrelevanz ist ein Vertrag über Überlassung eines Grundstücks zwecks Betriebs von Sport- und Freizeitanlagen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben.

2. Bei Verstößen steht dem betroffenen Bieter oder Bewerber der Zivilrechtsweg offen, um im Wege einer einstweiligen Verfügung ein Zuschlagsverbot erwirken zu können.

3. Ist der Zuschlag bereits erteilt, kann Primärrechtsschutz nicht mehr erreicht werden. Anderes gilt nur, wenn der geschlossene Vertrag unwirksam oder nichtig ist.

4. Ein unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht geschlossener Vertrag ist wegen Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Gesetz als nichtig einzustufen, um effektiven Rechtsschutz sicherzustellen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.12.2017 – 27 U 25/17 – „Freizeitanlage".

Sachverhalt: Die Antragstellerin ist eine Gesellschaft nach österreichischem Recht. Sie behauptet, ihr Unternehmensgegenstand sei die Errichtung und der Betrieb von Sport- und Freizeitanlagen sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen. Antragsgegnerin ist die T. T. Sie beabsichtigt, dem gemeinnützigen „G. G. B. e.V." eine in ihrem Eigentum stehende Teilfläche des ehemaligen Freibadgeländes von etwa 10.500 m² zu überlassen. Der Verein soll die auf dem Gelände vorhandenen Freizeitanlagen ausbauen und unterhalten und der Öffentlichkeit im Wesentlichen unentgeltlich zur Verfügung stellen.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, die Antragsgegnerin müsse vor Abschluss eines derartigen Überlassungsvertrags ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchführen. Mit mehreren Schreiben an die Antragsgegnerin hat sie ihr Interesse an einer Beteiligung hieran bekundet. Überdies hat sie am 18.07.2017 bei der Europäischen Kommission Beihilfebeschwerde eingelegt, da sie die Auffassung vertritt, die Überlassung des Geländes an den Förderverein stelle eine unzulässige Beihilfe dar.

Die Antragstellerin hat beantragt, der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu untersagen, ohne vorherige Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens unter vorheriger Veröffentlichung der Auswahlkriterien und Setzung angemessener Fristen mit einem anderen Vertragspartner als ihr Verträge über die Vermietung, Verpachtung oder unentgeltliche Nutzungsüberlassung von Teilflächen des Geländes des ehemaligen Freibades B. in T. zum Betrieb von
– zwei Beachvolleyball-Feldern,
– einem Schach-/Mühlefeld,
– einer Sauna,
– einer Minigolfanlage,
– einer Boulebahn,
– einer Zeltwiese,
– einem Vereinsheim,
– einem Wohnhaus und
– einem Waldkindergarten

abzuschließen, hilfsweise der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu untersagen, vor Erlass eines abschließenden Beschlusses der Europäischen Kommission nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV über die von ihr bei der Europäischen Kommission eingelegten Beihilfebeschwerde vom 18.07.2017 mit einem anderen Vertragspartner als ihr Verträge über die Vermietung, Verpachtung oder unentgeltliche Nutzungsüberlassung von Teilflächen des Geländes des ehemaligen Freibades B. in T. zum Betrieb von
– zwei Beachvolleyball-Feldern,
– einem Schach-/Mühlefeld,
– einer Sauna,
– einer Minigolfanlage,
– einer Boulebahn,
– einer Zeltwiese,
– einem Vereinsheim,
– einem Wohnhaus und
– einem Waldkindergarten
abzuschließen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt, die Anträge zurückzuweisen.

Sie der Auffassung, die Überlassung des Grundstücks sei vergaberechtlich nicht relevant und stelle auch keine Beihilfe i.S.d. Art. 108 AEUV dar. Aufgrund der Umstände, so der Verflechtung der Antragstellerin mit einem Anwohner des Geländes, sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin eigens gegründet wurde, um eine EU-Binnenmarktrelevanz zu suggerieren, die nicht bestehe.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 21.07.2017 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils wird Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die am 24.07.2017 eingelegte Berufung der Antragstellerin, mit der sie zunächst ihre erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt hat. Auf ihren weiteren Antrag hat der Senat mit Beschluss vom 03.08.2017 im Wege einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO zunächst bis zur Entscheidung über den Verfügungsantrag der Antragstellerin einstweilen untersagt, ohne vorherige Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens Verträge über die Vermietung, Verpachtung oder unentgeltliche Nutzungsüberlassung von Flächen des ehemaligen Freibads B. in T. zum Betrieb von Beachvolleyballfeldern, eines Schach-/Mühlefelds, einer Sauna, einer Minigolfanlage, eines Grillplatzes, einer Boulebahn, einer Zeltwiese, eines Vereinsheims, eines Wohnhauses und eines Waldkindergartens abzuschließen.

Wie die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 14.09.2017 mitgeteilt hat, hatte sie allerdings – unstreitig – bereits am 24.07.2017 einen Überlassungsvertrag mit dem

Förderverein geschlossen, der unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des Rates der Stadt steht (§ 9 Ziff. 1). Diese ist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht eingeholt worden.

Die Antragstellerin beantragt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags nunmehr, das angefochtene Urteil abzuändern und der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung zu untersagen, bei Meidung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Zwangshaft bis zu sechs Monaten, die Nutzung des Geländes des ehemaligen Freibads B. dem Förderverein B. e.V. zu überlassen, bevor die Europäische Kommission eine abschließende Entscheidung über ihre Beihilfebeschwerde vom 18.07.2017 getroffen hat.

Die Antragsgegnerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise, der Antragstellerin eine Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage zu setzen.

Sie wiederholt und vertieft ebenfalls ihr erstinstanzliches Vorbringen. Zudem ist sie der Auffassung, mit Abschluss des Grundstücküberlassungsvertrags habe sich der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung erledigt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten nebst Anlagen Bezug genommen.

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig, da das Rechtsschutzinteresse fehlt. Die Antragstellerin hat nicht hinreichend glaubhaft gemacht, ein eigenes Interesse am Vertragsschluss zu haben.

1. Allerdings hätte es der Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens bedurft. Bei der Überlassung des Grundstücks handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession, nämlich beschafft die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin Dienstleistungen in Form von Freizeitmöglichkeiten für ihre Bürger und Besucher, wobei die Verwaltung und Instandhaltung der Anlage durch den Betreiber erfolgt, der in erheblichem Umfang das Betriebsrisiko trägt. Auch unterhalb der Schwellenwerte und unterhalb einer Binnenmarkrelevanz erfordert der Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 GG, derartige Verträge in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben.

Bei Verstößen hiergegen steht dem betroffenen Bieter oder Bewerber der Zivilrechtsweg offen, um im Wege einer einstweiligen Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO ein Zuschlagsverbot erwirken. Ist, wie im Streitfall, der Zuschlag bereits erteilt, fehlt es allerdings regelmäßig an einem Verfügungsgrund, da Primärrechtsschutz nicht mehr erreicht werden. Anderes gilt nur, wenn der geschlossene Vertrag unwirksam oder nichtig ist.

Angesichts der nachfolgend unter 2. angeführten Umstände des Falles dürften ein grenzüberschreitendes Interesse an der Grundstücksüberlassung und ein Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot, Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, zu verneinen sein. Anhaltspunkte für ein kollusives Zusammenwirken der Antragsgegnerin mit dem Förderverein, das gem. § 138 BGB zur Vertragsnichtigkeit führen würde, liegen ebenso wenig vor. Unschädlich ist auch, dass der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung, § 158 BGB geschlossen wurde; der Vertrag ist wirksam, solange nicht feststeht, dass die Bedingung nicht mehr eintreten kann.

Eine Vertragsnichtigkeit könnte allerdings daraus resultieren, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin weder über den beabsichtigten Vertragsschluss informiert noch im Anschluss hieran eine angemessene Wartefrist eingehalten hat. Es sprechen gewichtige Gründe dafür, auch im Unterschwellenbereich die Einhaltung einer Informations- und Wartepflicht durch den öffentlichen Auftraggeber zu verlangen. Nach der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union fordern die gemeinsamen Verfassungen der Mitgliedsstaaten und die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten einen effektiven und vollständigen Schutz gegen Willkür des öffentlichen Auftraggebers. Dieser vollständige Rechtsschutz verlangt, sämtliche Bieter vor Abschluss eines Vertrages von der Zuschlagsentscheidung zu unterrichten. Ein vollständiger Rechtsschutz verlangt auch, dass zwischen der Unterrichtung abgelehnter Bieter und der Unterzeichnung des Vertrags eine angemessene Frist liegt, innerhalb der für den Bieter ein vorläufiger Schutz gewährt werden kann, wenn er für die volle Wirksamkeit der Entscheidung in der Sache erforderlich ist.[1] Im nationalen Recht ist dies ebenfalls bereits in einigen Rechtsgebieten anerkannt. Schon vor Einführung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen war nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei Beamten- und Richterbeförderungen die Informations- und Wartepflicht zu beachten.[2] Zur Vergabe von Wochenmarktveranstaltungen hat das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg entschieden, dass effektiver Primärrechtsschutz es gebietet, mindestens zwei Wochen nach Information der Bewerber über den Ausgang des Auswahlverfahrens abzuwarten, bevor mit dem ausgewählten Bewerber der Vertrag geschlossen wird.[3]

1 EuG, Urt. v. 20.09.2011 – T-461/08.
2 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09, juris Rdnr. 27 ff.
3 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.11.2010 – OVG 1 S 107.10, juris Rdnr. 7.

Führt man diese Grundsätze konsequent fort, müsste, da nur dies effektiven Rechtsschutz sicherstellt, ein unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht geschlossener Vertrag gem. § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Gesetz als nichtig eingestuft werden.

Die vorgenannten Erwägungen bedürfen mit Rücksicht auf die nachfolgenden Ausführungen im Streitfall indes keiner Vertiefung.

2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses unzulässig. Die Antragstellerin hat nicht hinreichend glaubhaft gemacht, ein eigenes Interesse am Vertragsschluss zu haben.

Die Voraussetzungen für den Erlass eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung sind vom Antragsteller glaubhaft zu machen, §§ 920 Abs. 2, 936, 294 ZPO. Dies gilt grundsätzlich auch für die Prozessvoraussetzungen.[4]

Bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ist die Antragsbefugnis für das Nachprüfungsverfahren, § 160 Abs. 2 GWB bzw. § 107 Abs. 2 GWB a.F., nur zu bejahen, wenn der Antragsteller ein Interesse am Auftrag hat. Dieses wird regelmäßig durch Abgabe eines Angebots belegt.[5] Bei De-facto-Vergaben sind an das Auftragsinteresse grundsätzlich keine hohen Anforderungen zu richten. Im Allgemeinen genügt es, wenn das Unternehmen des Antragstellers der für den Auftrag in Betracht kommenden gewerblichen Branche angehört und darum als generell darauf eingerichtet angesehen werden kann, den Auftrag auszuführen. In Verbindung damit geht das Interesse am Auftrag dann aus der Anbringung eines Nachprüfungsantrags hervor.[6]

Entsprechendes gilt für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte. Auch hier ist ein Interesse am Auftrag zu fordern. Einem Antragsteller, der nicht ernsthaft am Auftrag interessiert ist, fehlt das Rechtsschutzinteresse. Es besteht dann kein rechtfertigender Grund, im Wege einer einstweiligen Verfügung in das Vergabeverfahren einzugreifen.

Wie im Oberschwellenbereich reichen zum Beleg des Interesses am Auftrag im Regelfall die Rüge des Antragstellers und sein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung aus.

Im Streitfall gibt es indes gewichtige Indizien dafür, dass das Interesse der Antragstellerin am Auftrag nur vorgeschoben ist und das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung missbraucht wird, um die Interessen eines mit der Antragstellerin verbundenen Anwohners zu vertreten. Dies ergibt sich insbesondere aus Folgendem:

Es besteht eine enge Verbundenheit zwischen der Antragstellerin und dem Nachbarn des umstrittenen Geländes K.-B. M. Dieser hat schon vor Jahren erfolgreich den damaligen Bebauungsplan angegriffen, der eine deutlich größere Freizeitanlage ermöglicht hätte.[7] M. und der Geschäftsführer der Antragstellerin sind geschäftlich verbunden. Sie waren Gründungsgesellschafter der … Wirtschafts- und Steuerberatungsgesellschaft.[8] Der Geschäftsführer der Antragstellerin ist zugleich Gesellschafter des österreichischen Arms der … Gruppe.[9] Die … hat Niederlassungen in Düsseldorf und Wien, dort zeitweise unter der Anschrift der Antragstellerin.

Darüber hinaus ist nicht zu erkennen, dass hinter der Antragstellerin ein im Freizeitbereich tätiges Unternehmen steht. Sie scheint weder über einen Internet-Auftritt noch eine Telefonnummer zu verfügen, was den Verdacht einer Briefkastenfirma nahelegt. Ein Geschäftsbetrieb irgendwelcher Art lässt sich nicht feststellen. Die Antragstellerin soll am 18.04.2017, mithin in zeitlichem Zusammenhang mit Presseberichten über die beabsichtigte Vergabe des Geländes, als Alleingesellschaft des Geschäftsführers gegründet worden sein und über zwei Mitarbeiter verfügen.

Vor diesem Hintergrund hätte es sowohl einer substantiierten Darlegung dazu bedurft, worin das Interesse am Auftrag besteht, insbesondere in welcher Weise das Freizeitgelände genutzt werden soll, als auch einer Glaubhaftmachung, etwa durch eidessstattliche Versicherung des Geschäftsführers der Antragstellerin. Beides ist nicht erfolgt. Das von der Antragstellerin zu den Akten gereichte „Businesskonzept" ist inhaltsleer und lässt jedwedes nachvollziehbare Zahlenmaterial vermissen. Eine eidesstattliche Versicherung wurde nicht abgegeben, auch nicht, nachdem die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 14.09.2017 explizit auf dieses Erfordernis hingewiesen hat.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 6, 713, 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

4. Die Festsetzung des Berufungsstreitwerts erfolgt gem. §§ 53 Abs. 1 GKG, 3 ZPO ausgehend vom geltend gemachten Interesse der Antragstellerin am Erlass der einstweiligen Verfügung.

---

4 Vollkommer, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2017, § 920 ZPO, Rdnr. 8 m.w.N.

5 BGH, Beschl. v. 10.11.2009 – X ZB 8/09 – Endoskopiesystem, juris Rdnr. 25 m.w.N.

6 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.06.2001 – Verg 3/01, juris Rdnr. 121.

7 OVG NRW, Urt. v. 31.08.2012 – Anl. AG 2 zur Antragserwiderungsschrift der Antragsgegnerin v. 14.07.2017.

8 Vgl. Internetauftritt Anl. AG 4 zur Antragserwiderungsschrift der Antragsgegnerin v. 14.07.2017.

9 Vgl. Auszug aus dem Merkur, Anl. AG 5 zur Antragserwiderungsschrift der Verfügungsbeklagten v. 14.07.2017.

Anmerkung:
von Rechtsanwalt Christoph Kaiser, Fachanwalt für Vergaberecht, Frankfurt am Main/Berlin*

1. Das Problem

Nach der Einschätzung des OLG Düsseldorf müssen Auftraggeber auch bei Beschaffungsvorhaben, deren geschätzte Auftragswerte die Schwellenwerte nicht erreichen, die Bieter informieren und eine angemessene Wartefrist einhalten, sonst droht die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags. Die Verpflichtung leitet der Senat aus der vermeintlichen Notwendigkeit zur Stärkung eines effektiven Primärrechtsschutzes unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte und auch unterhalb der Binnenmarktrelevanz[1] aus einem ungeschriebenen Verbotsgesetz i.V.m. § 134 BGB her. Die Entscheidung über die Informationspflicht auch unterhalb der Schwellenwerte war nicht entscheidungserheblich und ist als obiter dictum[2] ergangen.

2. Die Entscheidung

Die Argumentation des Senats ist – vor allem in ihrer Reichweite als obiter dictum – nicht haltbar und spiegelt die rechtliche Realität nur begrenzt wieder. Das OLG Düsseldorf setzt sich (einmal mehr)[3] über bewusste und entgegenstehende gesetzgeberische Entscheidungen hinweg.[4]

Insbesondere liegen die Voraussetzungen für die Annahme eines ungeschriebenen Verbotsgesetzes nicht vor. Ein explizites Verbotsgesetz – ab Erreichen der maßgeblichen Schwellenwerte etwa § 169 Abs. 1 GWB – existiert unterhalb der Schwellenwerte nicht. Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz i.V.m. § 134 BGB setzt zwar kein geschriebenes Gesetz voraus; Gewohnheitsrecht genügt.[5] Für die Bildung von Gewohnheitsrecht hingegen bedarf es jedoch insb. ständiger Übung.[6] Davon kann indes beim Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nicht die Rede sein.

Die erst jüngst veröffentlichte Unterschwellenvergabeordnung[7] sieht eine Informationspflicht ebenso wenig vor wie die Mehrzahl der unterhalb der Schwellenwerte erlassenen Landesgesetze. Dem Ordnungsgeber war das Fehlen einer Informations- und Wartepflicht bekannt. Dennoch hielt er die Einführung einer solchen Verpflichtung nicht für notwendig. Ähnliches gilt im Vergaberecht der Länder. Die absolut überwiegende Anzahl der Länder hat sich gegen die Einführung einer Informations- und Wartepflicht in ihren Landesvergabegesetzen entschieden. Die (drei) landesgesetzlichen Ausnahmen[8] bestätigen vielmehr, dass gerade keine ständige Übung besteht.

Der Verweis des Senats auf die Entscheidung des EuG[9] stützt die Entscheidung – wenn überhaupt – teilweise. Das Europäische Gericht erster Instanz[10] hat in seiner Entscheidung zur sog. Unterschwellenmitteilung festgestellt, dass europarechtliche Grundsätze unterhalb der Schwellenwerte zu beachten sind, soweit der Beschaffungsvorgang Binnenmarktrelevanz hat. Das EuG ist demnach nur ab Erreichen der Schwellenwerte bzw. bei Binnenmarktrelevanz der Beschaffung zuständig. Die Annahme einer ständigen Übung auch unterhalb der Grenze zur Binnenmarktrelevanz trägt dieser Verweis demnach nicht.

Die vom Senat zitierten Entscheidungen des BVerwG[11] und des OVG Berlin-Brandenburg[12] sind keine Entscheidungen zu vergaberechtlichen Themen, weshalb auch sie nur wenig geeignet sind, eine ständige Übung darzulegen. Der Vergleich mit dem Beamtenrecht ist wegen des zugrundeliegenden Sonderrechtsstatus nicht geeignet, ein anderes Ergebnis zu rechtfertigen.

---

* KNH Rechtsanwälte Kemper Hochstadt und Partner PartGmbB.

1 Der Begriff „Binnenmarktrelevanz“ ist nicht gesetzlich definiert. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 30.08.2011 – X ZR 55/10) ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, eine Prognose darüber anzustellen, ob der Auftrag nach den konkreten Marktverhältnissen, d.h. mit Blick auf die angesprochenen Branchenkreise und ihre Bereitschaft, Aufträge ggf. in Anbetracht ihres Volumens und des Ortes der Auftragsdurchführung auch grenzüberschreitend auszuführen, für ausländische Anbieter interessant sein wird. Die Auffassungen darüber, wann der Tatbestand erfüllt ist, gehen zum Teil weit auseinander (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.03.2012 – VII-Verg 78/11; VK Lüneburg, Beschl. v. 01.02.2011 – VgK-75/2010).

2 Ein obiter dictum (lat. „nebenbei Gesagtes“) ist eine in einer Entscheidung eines Gerichtes geäußerte Rechtsansicht, die nicht die gefällte Entscheidung trägt, sondern nur geäußert wurde, weil sich die Gelegenheit dazu bot. Den Gegensatz zum obiter dictum bildet die ratio decidendi (Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/Obiter_dictum).

3 Vgl. z.B. Kaiser/Plantiko, VergabeR 2015, 475 – „Gründonnerstagsentscheidung“.

4 So auch Otting, VPR 2018, https://www.vpr-online.de/VPRNavigator/dokumentanzeige.php?SessionID=1b7018ee6733bb1bb9b4bd4412fd0be0&zg=20&HTTP_DocType=Dokument&Zeitschrift=VPR&Jahrgang=2018&Seite=2325.

5 Palandt/Sprau, 77. Aufl. 2018, Einl., Rdnr. 17, 22.

6 Sprau (Fn. 5).

7 Bundesanzeiger BAnz AT 07.02.2017 B1. Die UVgO ist kein Gesetz im materiellen Sinne, für die Arbeit der nach ihr verpflichteten Vergabestellen jedoch maßgeblich.

8 Ausnahmen finden sich lediglich in § 19 Abs. 1 Satz 3, Abs. 4 LVG S-A; § 8 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 Sächsisches Vergabegesetz; § 19 Abs. 1 Satz 3, Abs. 4 ThürVgG; § 8 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 VgG M-V.

9 EuG, Urt. v. 20.09.2011 – T-461/08.

10 EuG, Urt. v. 20.05.2010 – T-258/06.

11 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09.

12 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.11.2010 – OVG 1 S. 107.10.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist aber auch wegen der Inhomogenität der Auftraggeber nach nationalem Recht – jedenfalls unterhalb der Schwellenwerte – nur schwer nachvollziehbar. Auftraggeber, die oberhalb der Schwellenwerte unproblematisch öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 99 GWB sind, sind unterhalb der Schwellenwerte bekanntlich grundsätzlich nur dann zur Anwendung eines bestimmten Regelwerks bei ihren Beschaffungen angehalten, wenn sie ihrerseits von einer ihnen vorgesetzten Stelle dazu verpflichtet wurden. Die Ausprägungen dieser Regelwerke sind unterschiedlich intensiv: Während einzelne Auftraggeber der UVgO als Ganzem unterworfen sind (sein werden), sind andere Auftraggeber lediglich verpflichtet, sich eine eigene Vergabeordnung zu geben. Andere Auftraggeber sind unterhalb der Schwellenwerte in ihrem Beschaffungsverhalten völlig frei. Dass die Verpflichtungen zur Information und Abwarten für sämtliche Auftraggeber unterhalb der Schwellenwerte gleichermaßen gelten sollte, ist kaum nachvollziehbar. Die Entscheidung des Senats lässt außerdem nicht erkennen, dass er sich mit diesem Regel-/Ausnahmeverhältnis auseinandergesetzt hat.

Eine generelle Informations- und Wartepflicht unterhalb der Schwellenwerte ist demnach weder zwingend, noch entspricht sie den gesetzgeberischen Entscheidungen. Sie ist ferner wegen der Inhomogenität der Auftraggeber unterhalb der Schwellenwerte kaum praktikabel.

Ohne entgegenstehende gesetzgeberische Tätigkeit werden Bieter zur Wahrnehmung ihrer Rechte daher unterhalb der Schwellenwerte nach wie vor (überwiegend) auf einstweilige Verfügungen und Sekundärrechtsschutz beschränkt bleiben. Die von dem OLG Düsseldorf geforderte Verpflichtung zur Information und zum Abwarten einer Stillhaltefrist findet eine Rechtfertigung weder im Gesetz noch im Gewohnheitsrecht.

Grundstücksverkauf; Auslobung; vorvertragliches Schuldverhältnis; einstweilige Verfügung

BGB §§ 311, 657.

1. Wird ein städtisches Grundstück im Wege eines „Auslobungsverfahrens" zum Erwerb angeboten, so finden zwar die Vorschriften über eine öffentliche Ausschreibung keine Anwendung; es kommt allerdings ein Schuldverhältnis zwischen Stadt und dem Bieter zustande.

2. Die auslobende Stadt ist verpflichtet, die grundsätzlich geltenden und die selbst gesetzten Verfahrensregeln einzuhalten, die Gleichbehandlung der Teilnehmer, Transparenz und Rücksichtnahme sicherzustellen.

3. Die Auslobende darf für ihre Entscheidung nicht Kriterien als entscheidend zu Grunde legen, die sich aus dem umfangreichen Auslobungstext für den Bieter nicht ergeben (hier Villenbebauung vs. Mehrfamilienhaus).

4. Der nicht berücksichtigte Bieter (mit dem deutlichen Höchstgebot) kann im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Fortsetzung des Auslobungsverfahrens auch dann verhindern, wenn noch kein formell ordnungsgemäßes Angebot für den Grundstückserwerb vorliegt.

OLG Koblenz, Urt. v. 17.08.2017 – 1 U 7/17 – „Hochbunker".

Sachverhalt: Die Verfügungsklägerin (Klägerin und Berufungsbeklagte) beteiligte sich an einem von der Verfügungsbeklagten (Beklagte und Berufungsklägerin) durchgeführten Auslobungsverfahren, betreffend die Veräußerung zweier innerstädtischer, zum Teil bebauter Grundstücke in K. Die Beklagte wandte sich hierzu im Jahre 2015 an die Öffentlichkeit wegen der beabsichtigten Veräußerung der Grundstücke, auf denen sich die Hochbunkeranlage aus dem Zweiten Weltkrieg befindet. Diese Grundstücke sollten zum Zwecke der zivilbaulichen Nachnutzung von der Beklagten veräußert werden. Hierzu veröffentlichte die Beklagte einen 13-seitigen Auslobungstext, in dessen Ziffer 31 unter der Überschrift: Hinweise zum Auswahl- und Zuschlagsverfahren, es heißt:

„Bei dieser Auslobung handelt es sich nicht um eine öffentliche Ausschreibung, bei dem das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhält. Das Auswahlverfahren obliegt den kommunalen Gremien. In der Kombination von städtebaulicher Lösung, Nutzungsstruktur, Synergie- und Folgeeffekten und Kaufpreis wird die Entscheidung getroffen werden."

In dem Auslobungstext werden weitere Hinweis auf die vorhandene Bebauung und spätere Nutzungsmöglichkeiten sowie auf die Preisvorstellung i.H.v. 870.000 € (Kaufpreis) gegeben. Einen konkreten Hinweis auf eine mögliche künftige Nutzung für einen Mehrwohnungsbau enthält der Text nicht.

Unter dem 11.09.2015 reichte die Verfügungsklägerin ein Kaufangebot mit einem Gebot von 1.215.000 € bei der Beklagten ein. Dieses Gebot beinhaltet eine Bebauung der Grundstücke mit einer großzügigen modernen Luxusvilla, die der Behausung einer Familie dienen und bei dem die bestehende Hochbunkeranlage abgerissen werden soll. Nach Nachbesserungen und Vorstellung des Projektes, Konzeptes beschloss der Stadtrat der Beklag-

ten am 21.04.2016, dem Angebot der Klägerin nicht näher treten zu wollen. Bevorzugt wurde stattdessen das Angebot eines anderen Bieters, das bei teilweisem Erhalt der bestehenden Hochbunkeranlage eine Mehrwohnungsbebauung auf dem Gelände vorsieht.

Auf Antrag der Klägerin hat das Landgericht sodann folgende einstweilige Verfügung durch Beschluss vom 09.06.2016 erlassen:

1. Der Antragsgegnerin wird es einstweilen bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache untersagt, das Auslobungsverfahren betreffend die Grundstücke Gemarkung K, Flur 12, Flurstück 2/4 (Größe 1.181 m^2) und Flurstück 2/68 (Größe 1.714 m^2), Anschrift: G, fortzusetzen und diese Grundstücke auf Grundlage des Auslobungstextes „Auslobung Hochbunker G“ zu veräußern.

2. Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld von 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, angedroht.

Auf den Widerspruch der Beklagten hat das Landgericht die einstweilige Verfügung aufrechterhalten und dies mit eingehenden Ausführungen auch begründet.

Das Landgericht geht von einem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis aus, wobei die öffentliche Verwaltung (Beklagte) zur Gleichbehandlung der Teilnehmer, Transparenz und Rücksichtnahme verpflichtet ist. Aus diesem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis folgt für das Landgericht auch ein Unterlassungsanspruch, der eingreift, wenn die oben genannten vorvertraglichen Pflichten zu Lasten des Bieters nicht eingehalten werden. Einen derartigen Pflichtverstoß sieht das Landgericht in dem fehlenden deutlichen Hinweis darauf, dass für eine künftige Nutzung der beiden Grundstücke eine Mehrwohnungsbebauung erwartet wurde. Dies wird anhand des Auslobungstextes eingehend von der ersten Instanz auch begründet. Das Landgericht weist weiter darauf hin, dass es im vorliegenden Fall nicht darauf ankommt, ob ein den Formvorschriften des § 311b BGB genügendes Angebot der Klägerin vorgelegen hat. Weiterhin weist es darauf hin, dass die Beklagte nicht nachvollziehbar dargelegt habe, weshalb das Gebot der Klägerin, das deutlich über den Preisvorstellungen der Beklagten gelegen habe, zurückgewiesen wurde, nachdem gerade der Kaufpreis als relevantes Entscheidungskriterium in dem Auslobungstext genannt wurde.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die unter Intensivierung ihres erstinstanzlichen Vortrags sich vor allem darauf beruft, dass aus dem Auslobungstext bereits hervorgehe, dass die städtischen Gremien völlig freie Hand bei ihrer Entscheidung haben sollten und insoweit auch kein Vertrauen bei der Klägerin begründet werden konnte. Sie beruft sich auf die Handlungs- und Vertragsfreiheit der beklagten Stadt, auf die umgebende zweigeschossige Bauweise sowie auf ihren Masterplan, der die Schaffung von mehr Wohnraum vorsehe und auch darauf, dass mangels eines formwirksamen notariellen Kaufangebotes keine vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien vorliegen könnten.

Sie beantragt, die Entscheidung des Landgerichts Koblenz vom 11.11.2016 abzuändern und die einstweilige Verfügung vom 09.06.2016, ergänzt durch Beschluss vom 09.06.2016 zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie begründet dies unter Verweis auf ihr bisheriges Vorbringen vor allem auch mit den Argumenten aus der angefochtenen Entscheidung des Landgerichts Koblenz.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze mit den weiter zu den Akten gereichten Unterlagen verwiesen.

Von der weiteren Darstellung des Tatbestandes wird gem. § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 ZPO abgesehen. Ein Rechtsmittel gegen das Berufungsurteil findet gem. § 542 Abs. 2 ZPO nicht statt.

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat zu Recht entschieden und die von ihm erlassene einstweilige Verfügung aufrechterhalten. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweist der Senat auf die umfassenden, intensiven und zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung; diese macht er sich zu eigen.

Ergänzend und zusammenfassend ist lediglich noch auf Folgendes hinzuweisen.

1. Die Beklagte hat durch ihre öffentliche „Auslobung – Hochbunker G“ auch für den Senat eindeutig ein Schuldverhältnis begründet. Dies ergibt sich sowohl aus § 311 BGB wie auch unter Bezugnahme auf den selbst gewählten Begriff „Auslobung“ aus §§ 657 ff. BGB.[1] Dieses Schuldverhältnis verpflichtet im vorliegenden Fall die Beklagte (Auslobende), die grundsätzlich geltenden und selbst gesetzten Verfahrensregeln einzuhalten, die Gleichbehandlung der Teilnehmer, Transparenz und Rücksichtnahme sicherzustellen.[2] Der Anbietende soll aufgrund der mitgeteilten Kriterien und Hinweise

1 Vgl. nur Palandt/Grüneberg, § 311 Rdnr. 22 ff., 36 f. sowie Palandt/Sprau, § 657 Rdnr. 1 – jeweils m.w.N.

2 Vgl. die Zitatstellen in der angefochtenen Entscheidung sowie OLG Naumburg, Urt. v. 25.06.2015 – 2 U 17/15 Lw.

selbständig und eigenverantwortlich entscheiden können, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang, mit welchem planerischen Aufwand und mit welchem anzubietenden Preis er sich an dieser „Auslobung" beteiligt. Das für ihn einzugehende wirtschaftliche Risiko muss unter Berücksichtigung der mitgeteilten Chancen des Erwerbs der Grundstücke für ihn kalkulierbar sein. Die beklagte Stadt hat im vorliegenden Fall eindeutig die so skizzierten Pflichten verletzt, was dazu führt, dass die Klägerin von der auslobenden Stadt die Unterlassung aller Handlungen verlangen kann, welche auf der Verletzung dieser Pflichten beruhen. Dies hat das Landgericht mit der beantragten einstweiligen Verfügung auch so vorgenommen.

2. Auch für den Senat ist entscheidend, dass aus dem Auslobungstext selbst nicht mit der erforderlichen Klarheit, Deutlichkeit hervorgeht, dass der „Masterplan K" mit dem Ziel, das innerstädtische Wohnungsangebot aufgrund erhöhter Nachfrage zu erweitern und es ihr (Stadt K) gerade darauf ankommt durch Schaffung mehrerer Wohneinheiten dieses Planungsziel zu erweitern, prävalent für die Entscheidung der städtischen Gremien war. Wäre dies mit der ausreichenden Deutlichkeit im Auslobungstext zum Ausdruck gebracht worden, so hätte die Klägerin abschätzen können, dass sie mit dem von ihr vorgeschlagenen Projekt (Villenbebauung, Wohnraum für 1 Familie) keinerlei Chancen besitzt und sie hätte dementsprechend auch hierfür dann folgerichtig keine Aufwendungen (für Planungsleistungen u.a.) erbracht. Hierbei berücksichtigt der Senat unter intensiver Analyse den gesamten Auslobungstext und bezieht sich nicht nur wie die beklagte Stadt auf einzelne herausgegriffene singuläre Passagen dieses Textes. Vielmehr ergibt sich aus der Gesamtschau, dass in dem fraglichen Wohnbereich (K) durchaus Villenbebauung mit entsprechenden Grünflächen vorhanden war und ist. Dies ergibt sich auch zwanglos aus der mit Schriftsatz vom 06.03.2017 vorgelegten Anlage 1 Übersichtsbild des bebauten Bereichs).

3. Das vertragliche Schuldverhältnis bestand auch bereits mit und durch die öffentliche Auslobung durch die beklagte Stadt K. Keinen Einfluss auf diese rechtliche Qualität des Handelns der Stadt Koblenz wie auch auf den Umfang der Pflichten hat der Umstand, dass noch kein formgültiges Kaufangebot für die städtischen Grundstücke abgegeben wurde.

4. Nach allem hat das Landgericht zu Recht die einstweilige Verfügung angeordnet und den entsprechenden Widerspruch der beklagten Stadt K. zurückgewiesen. Auf Grundlage der aktuellen Auslobung „Hochbunker G" kann mit der aus dem Schreiben der beklagten Stadt K vom 02.06.2016 ersichtlichen Begründung und Prävalenz der Schaffung von einer größeren Anzahl von Wohneinheiten dieses Verfahren nicht in der Form fortgeführt und beendet werden, dass die Grundstücke an den von der Stadt K. bevorzugten Bieter veräußert werden und diesem Eigentum übertragen wird.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung zur Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Ein Rechtsmittel gegen diese Entscheidung findet nicht statt, § 542 Abs. 2 ZPO.

Der Wert des Berufungsverfahrens wird auf 100.000 € festgesetzt.

Buchbesprechungen

Hans-Martin Müller/Bettina Richter/Jan Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht.

1. Auflage – München, Verlag C.H. Beck 2017, 99,00 €.
ISBN 978-3-406-64009-4.

„Zuwendungsrecht besteht, Vergabe vergeht" – so möchte man in Anlehnung an die berühmten Worte von Fritz Werner zum Verhältnis von Verfassungs- zu Verwaltungsrecht die Thematik beschreiben, der sich drei ausgewiesene Autoren mit dem „Handbuch Zuwendungsrecht" gewidmet haben. Denn während das Vergaberecht durch die Umsetzung der jüngsten EU-Richtlinien mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17.02.2016 deutlichen Veränderungen ausgesetzt ist, wirkt das finanzwirtschaftlich bedeutsame Zuwendungsrecht mit seiner Prägung durch Binnenregelungen und Verwaltungspraxis vergleichsweise konstant.

Dabei ist die Thematik des Handbuchs Zuwendungsrecht schon deshalb für Vergaberechtler von hoher Bedeutung, weil durch die Gewährung einer Zuwendung bzw. die Nebenbestimmungen im Zuwendungsbescheid, die vergaberechtlichen Vorschriften anwendbar wären.

Die gelungene Mischung in der Autorenschaft von ausgewiesenen Praktikern und Theoretikern, mit Hans-Martin Müller, NRW Verkehrsministerium, Bettina Richter, Bayerischer Oberster Rechnungshof und Prof. Dr. Jan Ziekow, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer, gewährleistet eine hohe Qualität und Dignität, indem schon früh deutlich wird, dass der Wettbewerb um Fördermittel härter geworden, gewährte Mittel verstärkt zurückgefordert werden und alle Verfahrensbeteiligten das verwaltungsmäßige Binnenrecht kennen sollten. Dabei überzeugt, dass das Handbuch in sich konsistent gut gegliedert ist und den Schwerpunkt in den Bereichen Grundlagen und Verfahren – ca. 2/3 der Bearbeitung – sucht. Dem Leser wird schnell für die Zuwendung eine Orientierungshilfe gegeben, weil neben der Behandlung der Urquellen des staatlichen Zuwendungsrechts, §§ 23 und 44 BHO/LHO, etwa auf S. 28 die Notwendigkeit einer Dokumentation aus der Verwaltungspraxis geschildert wird. Nach Erwähnung der tragenden Grundsätze des Zuwendungsrechts mit dem Subsidiarität- und dem Wirtschaftlichkeitsprinzip, finden sich im Verfahrensabschnitt z.B. sehr konstruktive Hinweise zu häufig auftretenden Mängeln bei der Erstellung von Förderrichtlinien (S. 128). Erfreulich ist, dass dem in der Praxis wichtigen Bereich der Zustimmung des vorzeitigen Vorhabenbeginns ein breiter Raum eingeräumt wird (S. 153 ff.).

In dem Kapitel über Unwirksamkeit und Aufhebung von Zuwendungsbescheiden bzw. Rückforderung von Zuwendungen finden sich gleichfalls viele praxistaugliche Hinweise; allerdings fehlt auf S. 272 zum Problemkreis der entgegenstehenden Rechtskraft des Urteils eines deutschen Gerichts die Erwähnung der sogenannten Klausner-Rechtsprechung des EuGH, Urt. v. 11.11.2015 – C-505/14, NVwZ 2016, 600.

Besonders gelungen sind die Ausführungen im Verhältnis von Zuwendungs- zu Vergaberecht auf den S. 297 ff. Denn hier werden die Unterschiede der Rechtsgebiete im Hinblick auf das Vorliegen eines Austauschverhältnisses bzw. auf die öffentliche Beschaffung zur Erfüllung eigener Aufgaben ebenso erwähnt wie die Verknüpfung des Vergaberechts aufgrund Gewährung von Zuwendungen nach § 99 Nr. 4 GWB. Die Erfassung der sogenannten Drittvergaben, bei denen unter § 99 Nr. 1, 2 oder 3 GWB fallende, öffentliche Auftraggeber einen Auftrag nicht selbst vergeben, sondern die Mittel, die für den Auftrag anzuwenden wären, einem Dritten als Zuwendung gewähren und der Dritte aus diesen Mitteln seinerseits Aufträge zur Vorhabenrealisierung vergibt, ist in Theorie und Praxis gleichsam bedeutend. Die damit konstitutiv festgelegten, vergaberechtlichen Vorgaben in Zuwendungsbescheiden sind als Auflagen i.S.v. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG zu qualifizieren. Als hilfreich erweist sich die Kasuistik auf S. 302 zur Einordnung als „schweren" Vergabeverstoß.

Abgerundet wird das gut lesbare und ebenso geordnete Handbuch durch instruktive Checklisten sowohl für Bewilligungsstellen als auch für die Rechnungsprüfung, wobei sich als für die Praxis besonders förderlich der Hinweis auf „informales Verwaltungshandeln", sogenannte Vorgespräche, erweist.

Kurzum: Wegen der engen Verknüpfung von Vergabe- und Zuwendungsrecht, namentlich wegen des Junktims in Zuwendungsbescheiden und der Erfassung der sogenannten Drittvergaben, sollten auch Vergaberechtler diesem gelungenen Handbuch besondere Aufmerksamkeit widmen.

Prof. Dr. Joachim Erdmann, Ministerialrat im Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung

Vergaberecht (VergabeR), 18. Jahrgang 2018. Erscheint 7 × jährlich jeweils am Monatsanfang. Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Werner Verlag, Luxemburger Str. 449, 50939 Köln, Telefon 02631/801-2000.
E-Mail: stefan.kolbe@wolterskluwer.com
www.werner-verlag.de

Herausgeber/Schriftleitung: RA Bernhard Stolz, RAin Loni Goldbrunner, RAe Kraus, Sienz & Partner, Heimeranstraße 35, 80339 München, Telefon: 089/1790980, Fax: 089/17909820, E-Mail: stolz@raekraus.de

Anzeigen: Wolters Kluwer Deutschland GmbH,
Luxemburger Str. 449, 50939 Köln,
Anzeigenverkauf: Janosch Kleibrink, Telefon 0221/94373-7719,
Anzeigendisposition: Karin Odening, Telefon 0221/94373-7760,
E-Mail: anzeigen@wolterskluwer.com
Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 13 vom 01.01.2018.

Bezugspreis jährlich (7 Hefte) € 172,– zzgl. Versandkosten, Sonderpreis für Abonnenten der Zeitschrift „baurecht" und Bezieher des Loseblattwerkes „Goodarzi/Braunewell (Hrsg.), Vergabe und Einkauf" € 120,– zzgl. Versandkosten, Einzelheft € 36,– zzgl. Porto. Abo-Preis und Porto sind preisgebunden.
Die Onlineausgabe der VergabeR finden Sie auf JURION.de.

Bestellungen nehmen der Verlag und jede Buchhandlung entgegen. Abonnementskündigungen müssen 6 Wochen vor Jahreswechsel beim Verlag oder der Auslieferung vorliegen. Fehlende Nummern oder Hefte können ohne Berechnung nur innerhalb von 8 Wochen nach Erscheinen eines Heftes nachgeliefert werden.

Auslieferung und Abonnementsverwaltung: Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Heddesdorfer Straße 31a, 56564 Neuwied, Telefon 02631/801-2222, Telefax 02631/801-2223.

Einsendungen bitte ausschließlich an Herausgeber und Schriftleitung.
Der Autor eines Beitrags versichert, über die Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Er versichert, das eingesandte Manuskript bzw. die gleiche Thematik nicht gleichzeitig in einer anderen Zeitschrift zu veröffentlichen. Mit der Annahme des Beitrags oder der redigierten Entscheidung erhält der Werner Verlag die ausschließlichen Nutzungsrechte. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken und die Verwertung mittels elektronischer Medien (Online-Dienste und CD-ROM).

Urheber und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze; denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Redaktion erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen; diese bedürfen zur Auswertung einer Genehmigung des Verlages.
Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendungen, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichemWege bleiben vorbehalten.

Herstellung: Williams Lea & Tag GmbH, München

ISSN 1617–1063