



# SACHSEN-ANHALT

## 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt

### Beschluss

**dazu Beschwerdeverfahren vor dem OLG Naumburg, Az. 2 Verg 6/12 - Rücknahme der Beschwerde durch die Antragstellerin**

**AZ: 2 VK LSA 15/12**

**Halle, 30.07.2012**

§ 16 Abs. 1 Nr. 1 g) VOB/A

- Angebotsausschluss

- widersprüchliche Angaben der Antragstellerin hinsichtlich eines Nachunternehmers

Das Angebot der Antragstellerin war nämlich nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 g) VOB/A vom Vergabeverfahren auszuschließen, da sie in Bezug auf ihre Eignung vorsätzlich unzutreffende Erklärungen abgegeben hat. In ihrem Angebotsschreiben hat sie erklärt, die Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen. Im Aufklärungsgespräch ergab sich, dass sie beabsichtigt sehr wohl einen Nachunternehmer einzusetzen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte

.....

gegen

.....

- Antragsgegner -

wegen

der gerügten Vergabeverstöße im Offenen Verfahren bezüglich der Vergabe von Tischlerarbeiten und Türen für die Baumaßnahme ....., Errichtung ..... hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat ....., die hauptamtliche Beisitzerin Frau ..... und die ehrenamtliche Beisitzerin Frau ..... ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

Der Antrag wird verworfen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Kosten werden auf ..... Euro zuzüglich ..... Euro für Auslagen festgesetzt. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

## Gründe

### I.

Der Antragsgegner veranlasste mit Bekanntmachung vom ..... im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union die Vergabe der Bauleistung „Tischlerarbeiten und Türen“ für die Baumaßnahme ..... nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A) im Offenen Verfahren. Der Beginn der Bauausführung war auf den ..... festgesetzt.

Der Antragsgegner hatte Varianten/Alternativangebote nach Punkt II.1.8) der Bekanntmachung nicht zugelassen.

Das für die Planung zuständige Ingenieurbüro korrigierte das Leistungsverzeichnis der ausgeschriebenen Leistung vor Versendung der Bekanntmachung an das Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union und sandte die optimierte Fassung dem Antragsgegner per E-Mail am ..... zu. Die Kostenschätzung für die zu vergebende Leistung schließt sodann in Höhe (Brutto) von ..... Euro. Der geschätzte Kostenrahmen der Gesamtbaumaßnahme liegt weit über fünf Millionen Euro.

Digitale Angebote mit Signatur im Sinne des Signaturgesetzes waren ausdrücklich zugelassen.

Unter Ziff. C) des Formblatts 211EG (Aufforderung zur Abgabe eines Angebots EG) war unter anderem (in Abhängigkeit des Angebots) das Formblatt 235EG (Verzeichnis der Unternehmerleistungen EG) zurückzugeben. Nach Punkt fünf der Angebotsaufforderung hatten weiterhin die Bieter mit dem Angebot das Formblatt 221/222 (Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation oder bei Kalkulation über die Endsumme), einzureichen. Dieses Formblatt wird nicht Vertragsbestandteil.

Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

Sofern der Bieter beabsichtigt, sich bei der Erfüllung eines Auftrages der Fähigkeiten anderer Unternehmen zu bedienen, musste er nach Punkt 7 des Formblattes 212EG (Bewerbungsbedingungen) Art und Umfang der dafür vorgesehenen Leistungsbereiche in seinem Angebot bezeichnen.

Gemäß Punkt drei des Formblatts 213 EG (Angebotsschreiben EG) heißt es:

„Zur Ausführung der Leistungen erkläre(n) ich/wir:

Ich/Wir werde(n) die Leistungen, die ich/wir nicht im Formblatt 235EG angegeben habe(n), im eigenen Betrieb ausführen“.

Unter Nummer fünf des Angebotsschreibens erklärt sich der Bieter durch seine Unterzeichnung, dass ihm bewusst sei, dass eine wesentlich falsche Aussage im Angebotsschreiben seinen Ausschluss von weiteren Auftragserteilungen zur Folge haben kann.

Im Formblatt 221 (Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation) musste der Bieter nach Nummer zwei die Zuschläge auf die Einzelkosten der Teilleistungen (unmittelbare Herstellungskosten) unter anderem auch für eventuelle Nachunternehmerleistungen angeben. Diese Zuschläge sind sodann unter Nummer 3.5 auf die dafür anfallenden Einzelkosten aufzurechnen, um in die gesamte Angebotssumme einfließen zu können.

In Ergänzung des Angebotsschreibens waren im Formblatt 235EG (Verzeichnis der Unternehmerleistungen EG) Art und Umfang der Teilleistungen unter Angabe der Ordnungszahl/Leistungsbereich und Beschreibung der Leistungen, für die sich der Bieter der Fähigkeiten (Mittel/Kapazitäten) anderer Unternehmen bedienen wird, zu benennen.

Der Eröffnungstermin war auf den ....., 13:00 Uhr festgelegt.

Aus der Seite eins der Niederschrift über die Öffnung der Angebote geht hervor, dass zwei Angebote konventionell und zwei digitale Angebote eingereicht wurden. Auf der Seite zwei

der Niederschrift wurden alle Bewerber mit ihrem Firmennamen und ihrer Anschrift jeweils einmal maschinell aufgelistet. Der Antragsgegner ergänzte handschriftlich bei jedem Bieter das Datum des Angebotsschreibens und die Angebotssumme.

Der Antragsgegner protokollierte handschriftlich eine Angebotssumme bei der Antragstellerin in Höhe von 268.580,38 Euro und für das Datum des Angebotsschreibens den 24.04.2012. Als rechnerisch geprüfte Summe (in grüner Farbe) ist in der Niederschrift bei dem Angebot der Antragstellerin ein Betrag von 268.201,96 Euro aufgeführt.

Aus Blatt zwei der Seite zwei zur Niederschrift geht hervor, dass zwei Angebote der Antragstellerin eingegangen sind. Dabei beläuft sich die Angebotssumme zum Angebot Nummer eins auf 268.201,96 Euro und zum Angebot Nummer zwei auf 268.580,38 Euro. Die Angebotsschreiben beider Angebote sind auf den 24.04.2012 datiert. Die Seite wurde gänzlich maschinell erstellt. Eine Angabe zur rechnerisch geprüften Angebotssumme fehlt.

Die Niederschrift beinhaltet weiterhin eine Seite mit der Überschrift „Protokoll \_ Angebotsöffnung“. Daraus ist zu entnehmen, dass ein Angebot am 24.04.2012 um 09:44 Uhr und ein weiteres am selben Tag um 11:15 Uhr online eingereicht wurden.

Die Seite vier der Niederschrift über die Öffnung der Angebote-Besonderheiten beinhaltet keine Eintragungen.

Die beiden konventionell eingereichten Angebote hat der Antragsgegner durch Lochung gekennzeichnet. In Bezug auf das Angebot der Antragstellerin liegt der Vergabeakte lediglich ein Angebotsausdruck mit einer abschließenden Angebotssumme (Brutto) in Höhe von 268.201,96 Euro bei. Diese Angebotssumme wurde durch den Antragsgegner nach seiner rechnerischen Prüfung bestätigt. Eine Kennzeichnung analog der konventionell eingereichten Angebote hat der Antragsgegner bei dem Angebot der Antragstellerin nicht vorgenommen.

Die Antragstellerin legte ihrem Angebot das Formblatt 221 für ihre Preisermittlung bei. Sie wies darin unter Nummer zwei geforderte Zuschläge auf die Einzelkosten der Teilleistungen auch für Nachunternehmerleistungen aus. Unter Nummer drei Formblatt 221 des in der Vergabeakte beiliegenden Angebots blieben hingegen die Einzelkosten der Teilleistungen für Nachunternehmer unberücksichtigt. Die unter Nummer drei ermittelte Angebotssumme ohne Umsatzsteuer ist mit der auf Seite 136 des Leistungsverzeichnisses ermittelten Angebotssumme (Netto) identisch.

Das Verzeichnis der Unternehmerleistungen EG (235EG) enthält keine Angaben über Nachunternehmerleistungen.

Sie hat damit im Sinne des Formblattes 213EG (siehe oben) erklärt, dass sie sämtliche Leistungen im eigenen Betrieb ausführen werde.

Am 15.05.2012 führte der Antragsgegner mit der Antragstellerin gemäß § 15 VOB/A ein Aufklärungsgespräch über den Angebotsinhalt durch. Im Protokoll wurde vermerkt, dass die Fa. .... aus ..... für spezielle Tischlerarbeiten Nachunternehmer werde. Weiterhin war festgelegt, dass die Antragstellerin bis zum 16.05.2012 das Formblatt 223 und die Referenzen nachreichen solle. Das Protokoll unterzeichneten beide Gesprächsparteien.

Außer den geforderten Unterlagen reichte die Antragstellerin zusätzlich unter anderem ein ausgefülltes Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen EG am 16.05.2012 mit ein.

Der Antragsgegner informierte mit Schreiben vom 21.05.2012 die Bieter darüber, dass nach § 17 bzw. 17 a VOB/A wegen schwerwiegender Gründe das Vergabeverfahren aufgehoben sei. Er führte weiter aus, dass sämtliche Angebotspreise weit über den veranschlagten Haushaltsmitteln lägen. Es sei beabsichtigt, ein neues Offenes Verfahren durchzuführen.

Dagegen wandte sich die Antragstellerin mit ihrem Rügeschreiben vom 25.05.2012. Der Antragsgegner müsse den Zuschlag auf ihr Angebot in Höhe von 268.580,38 Euro erteilen. Dies sei das preislich günstigste Angebot. Sie könne die Begründung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht nachvollziehen. Alle Angebotspreise seien eng beieinander. Für eine Aufhebung des Vergabeverfahrens aufgrund schwerwiegender Gründe würden außerordentlich strenge Anforderungen gelten. Von einem wirtschaftlich nicht akzeptablen Ergeb-

nis ginge die Rechtsprechung nur aus, wenn lediglich ein Angebot vorliegen und die Kostenschätzung des Auftraggebers um mindestens 50% übersteigen würde. Entsprechend des Submissionsergebnisses könne es sich hier nur um eine Fehlkalkulation des Auftraggebers handeln.

Auch seien im Bietergespräch Detailabsprachen geklärt worden, ohne Besonderheiten festzustellen. Ebenso habe es dabei keinerlei Hinweise von Seiten des Antraggegners gegeben, dass die Haushaltsmittel nicht ausreichen würden und ein Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin nicht in Betracht käme.

Im Übrigen habe der Antragsgegner nicht i.S. des § 17 Abs. 2 VOB/A unverzüglich die Bieter über die beabsichtigte Aufhebung der Ausschreibung informiert.

Der Antragsgegner vertrat in seinem Antwortschreiben vom 05.06.2012 die Auffassung, dass er nach § 17 Abs. 1 Ziff. 3 VOB/A das Vergabeverfahren aufgrund unerwartet, aber nicht unangemessen hoher Preise aufheben könne, sofern die genehmigten Haushaltsmittel nicht ausreichten. Die Angebotspreise würden um nahezu 100 % die Kostenberechnung für die ausgeschriebene Leistung übersteigen.

Die Kostenberechnung sei stufenweise erarbeitet und mehrfach von verschiedenen Instanzen geprüft worden. Eine Fehlplanung sei deshalb auszuschließen. Entsprechend des vorliegenden Preisspiegels sei es teilweise zu erheblichen unerklärlichen Abweichungen bei verschiedenen Einzelpreisen gekommen.

Schließlich hätten sich aus dem Aufklärungsgespräch für den Auftraggeber wichtige Informationen ergeben, die aus dem Angebot nicht zu entnehmen gewesen seien. Im Übrigen sei die Entscheidung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens zu einem späteren Zeitpunkt gefallen.

Der auf den 14.06.2012 datierte Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ging per Post am 18.06.2012 bei der zuständigen 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt ein. Dieser wurde am selben Tag dem Antragsgegner übermittelt.

Sie hat darin ihr bisheriges Vorbringen aus ihrem Schreiben vom 25.05.2012 ergänzt und vertieft.

Sie ist der Meinung, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtswidrig sei. Schließlich bestehe beispielsweise nach einem Beschluss des OLG Düsseldorf ein schwerwiegender Grund, wenn lediglich zwei Angebote vorliegen würden und die einzelnen Preispositionen teilweise Differenzen von über 100 % aufwiesen. Im streitbefangenen Nachprüfungsverfahren seien jedoch die Angebotspreise eng beieinander.

Ebenso ließe der zeitliche Ablauf des Vergabeverfahrens darauf schließen, dass ein Vorliegen von sonstigen schwerwiegenden Gründen nur vorgeschoben sei. Schließlich hätte der Antragsgegner bereits mit dem Ergebnis der Angebotsöffnung erkennen können, dass die geplanten Haushaltsmittel für die ausgeschriebene Leistung weit überschritten gewesen seien. Es sei insoweit nicht nachvollziehbar, dass sodann die Antragstellerin zum Bietergespräch eingeladen worden sei und der Antragsgegner hierbei den Eindruck vermittelt habe, den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen.

Schließlich hätte beim Vorliegen schwerwiegender Gründe der Antragsgegner unverzüglich in Textform nach § 17 Abs. 2 VOB/A die Bieter über die Aufhebung der Ausschreibung informieren müssen. Die Rechtsprechung sehe dafür eine Frist von maximal zwei bis drei Tagen vor. Diese Frist sei auch nach dem Bietergespräch nicht eingehalten worden. Diese Frist lieferte allerdings seit dem Einreichungstermin. Auch sei die Subunternehmerin bereits vorinformiert und um eine fristgerechte Abarbeitung des Auftrages zu garantieren, seien Detailfragen zum bevorstehenden Auftrag besprochen worden.

Außerdem stelle nach der Rechtsprechung des EuGH's eine rechtswidrige Aufhebung kein erledigendes Ereignis dar, welches zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens führe. Es bestünde für den Bieter kein Anspruch auf Zuschlagserteilung auf sein Angebot. Deshalb müsse durch die Vergabekammer die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit der Aufhebung für die nachfolgend geltend zu machenden Schadenersatzansprüche getroffen werden. Daraus ergebe sich nach § 124 Abs. 1 GWB für einen späteren Schadenersatzprozess die Bindungswirkung für das ordentliche Gericht.

Da die Antragstellerin das wirtschaftlichste Angebot eingereicht habe, gehe sie davon aus, dass ihr Angebot mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Zuschlag erhalten hätte. Deshalb sei der Antragsgegner zum Ersatz des Erfüllungsschadens, insbesondere des entgangenen Gewinns und der Deckungsbeiträge, verpflichtet.

Zumindest stünde der Antragstellerin ein Schadenersatzanspruch in Höhe des Aufwandes für die Angebotserarbeitung sowie der im Zusammenhang mit der Beauftragung der Nachunternehmerin bestehenden Ansprüche zu.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Beschwerdegegnerin zu verurteilen, an die Beschwerdeführerin ..... Euro netto nebst ..... % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB seit Zustellung dieses Schriftsatzes zu zahlen.

hilfsweise:

2. festzustellen, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens zur Vergabenummer ..... betreffend die ..... Tischlerarbeiten und Innentüren, vom ..... rechtswidrig war.
3. die Aufhebung des Vergabeverfahrens zur Vergabenummer ..... vom ..... aufzuheben.
4. festzustellen, dass der Beschwerdegegner verpflichtet ist, das positive Interesse/den entgangenen Gewinn aus der ansonsten erfolgten Beauftragung der Beschwerdeführerin zu tragen hat.

äußerst hilfsweise:

5. festzustellen, dass der Beschwerdeführerin die vergeblichen Aufwendungen im Rahmen der Beteiligung am Ausschreibungsverfahren im Sinne des negativen Interesses nach § 126 GWB zu ersetzen ist.
6. die Beschwerdegegnerin zur Zahlung von ..... Euro nebst ..... % Zinsen seit Zustellung dieses Schriftsatzes nach § 247 BGB zu verurteilen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag vom 14.06.2012 zurückzuweisen.

Nach § 104 Abs. 2 GWB werde vor den Vergabekammern Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, geltend gemacht. Die Antragstellerin habe jedoch entsprechend § 104 Abs. 3 GWB die Feststellung einer Schadensersatzpflicht beantragt. Sie begehre ausdrücklich nicht die Erteilung des Zuschlags, oder die Zahlung von Schadenersatz i.S. des § 104 Abs. 2 GWB. Der Antrag sei deshalb größtenteils nicht zulässig.

In ihrem Angebot habe die Antragstellerin mittels Vorlage eines unausgefüllten Formblattes 235EG erklärt, dass sie keine Nachunternehmer binden werde.

Erstmals im Bietergespräch habe die Antragstellerin angegeben, sich eines Nachunternehmers bedienen zu wollen. Damit habe die Antragstellerin im Rahmen der Angebotsabgabe vorsätzlich unzutreffende Angaben gemacht. Ihr Angebot hätte somit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 g) VOB/A zwingend ausgeschlossen werden müssen. Dem Antragsgegner sei es außerdem verwehrt, nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A fehlende Eignungsnachweise für Nachunternehmer nachzufordern. Außer den in diesem Gespräch geforderten Unterlagen habe die Antragstellerin nachträglich und unaufgefordert u.a. die Nachunternehmerleistungen im Formblatt 235 EG benannt.

Zu dem Bietergespräch sei es im Übrigen gekommen, weil alle eingereichten Angebotspreise eine Überschreitung der genehmigten Kosten nach den HU-Bau/AFU-Bau um beinahe

100% aufwiesen. Der Fachplaner habe mittels Preisspiegel festgestellt, dass es in fast allen Positionen der eingegangenen Angebote und zusätzlich bei wechselnden Preispositionen zu sogenannten Ausreißerpreisen gekommen sei. Er war der Auffassung, dass die Gesamtangebote unangemessen hoch wären, so dass von einer unwirtschaftlichen Kalkulation in den Einzelpositionen auszugehen sei. Weiterhin solle eine Überprüfung der Aufhebung der Ausschreibung nach § 17 VOB/A von Seiten des Auftraggebers erfolgen.

Erst im Ergebnis dieser Gesamtbewertung habe der Antragsgegner bei der ..... am 16.05.2012 um Zustimmung der Aufhebung der Ausschreibung ersucht. Aufgrund mehrerer zusammenhängender arbeitsfreier Tage in der ..... des Antragsgegners habe die erforderliche Zustimmung erst am 21.05.2012 erteilt werden können. Die Mitteilung über die Aufhebung der Ausschreibung sei sodann am selben Tag verfasst worden.

Auch könne der Auftraggeber grundsätzlich gemäß § 17 VOB/A eine Ausschreibung aufheben. Bei der in Streit stehenden Ausschreibung sei es zu keinem wirtschaftlich akzeptablen Ergebnis gekommen. Dies rechtfertige eine Aufhebung der Ausschreibung i.S. des § 17 Abs. 1 Ziff. 3 VOB/A. Kein wirtschaftliches Ergebnis liege vor, wenn trotz ordnungsgemäßer, vertretbarer Kostenschätzung und Bereitstellung der Finanzmittel die eingegangenen Angebotspreise deutlich höher als die Kostenschätzung seien.

Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern des Landes Sachsen-Anhalts wurde das Nachprüfungsverfahren nunmehr mit Schreiben vom 05.07.2012 durch die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt weitergeführt.

Die Vergabekammer teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 09.07.2012 mit, dass der Antrag nach ihrer vorläufigen Auffassung offensichtlich unbegründet sei. Sie habe keine Ansprüche im Sinne des § 104 Abs. 2 GWB geltend gemacht. Ihr Angebot wäre im Übrigen nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. g) VOB/A aufgrund von vorsätzlich unzutreffenden Angaben hinsichtlich des Nachunternehmereinsatzes zwingend auszuschließen gewesen. Es sei schließlich nicht beabsichtigt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

Die Antragstellerin entgegnete darauf, dass sie bereits mit dem Angebot im Formblatt 221 unter Nummer zwei durch die Angabe der Zuschläge für Nachunternehmer erklärt habe, dass sie nicht selbst sämtliche Leistungen erbringen werde. Ebenso habe sie unter Nummer 3.5 die Höhe der Nachunternehmerleistungen mit 81.477,92 Euro beziffert. Sie habe damit hinsichtlich des Nachunternehmereinsatzes keine falschen Angaben getätigt. Sie habe die Tatsache, dass sie Nachunternehmer binden wolle, auch im Aufklärungsgespräch offen gelegt. Die Angebotssumme (Netto) ende in Höhe von 225.697,80 Euro. Der Antragsgegner hätte insoweit während des Aufklärungsgesprächs der Antragstellerin Gelegenheit gegeben, dass Formblatt 235EG nachzureichen. Die Nachreichung sei im Übrigen fristgerecht erfolgt.

Auch sei der Antragstellerin bis zum Einreichungstermin noch nicht endgültig klar gewesen, wer Nachunternehmer werden würde. Sie habe auch erwogen, die Leistungen selbst auszuführen. Dies könne der Grund gewesen sein, dass sie das Formblatt 235EG nicht ausgefüllt habe.

Dem ist der Antragsgegner entgegen getreten.

Der Vorsitzende hat die Frist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis zum 31.07.2012 verlängert.

Im Hinblick auf das weitere Vorbringen der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die Verfahrensakte Bezug genommen.

Schließlich wird wegen der Einzelheiten des Vergabeverfahrens auf die Vergabeakte verwiesen.

## II.

Sowohl der Hauptantrag als auch die Hilfsanträge sind unzulässig.

Im Einzelnen:

### Hauptantrag zu 1)

Die Vergabekammer ist sachlich nicht zuständig, über den Hauptantrag zu befinden.

Eine Zuständigkeit ist nach § 104 Abs. 2 GWB nur gegeben, wenn der Antragsteller Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, einfordert. § 104 Abs. 3 GWB ordnet an, dass die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen unberührt bleibt. Die Antragstellerin hat sich auf einen ebensolchen Schadensersatzanspruch berufen. Hierfür sind nach den vorgenannten Regelungen sowie nach § 13 GVG die ordentlichen Gerichte ausschließlich zuständig (vgl. Kommentar zum GWB-Vergaberecht, Kulartz/Kus/Portz, 2. Auflage, 2009, § 124 Rn. 2; Reidt, Stickler, Glahs, Vergaberecht Kommentar, 3. Auflage, § 126 GWB Rn. 9). Aufgrund dieser klaren Zuständigkeitsregelung ist es dem Bieter verwehrt, alternativ hierzu Schadensersatzansprüche vor der Vergabekammer geltend zu machen. Es ist auszuschließen, dass der jeweilige Bieter die Zuständigkeit selbst bestimmen kann. Es soll auch vermieden werden, dass ihm zwei verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung stehen, sein Begehren durchzusetzen, falls eine dieser Möglichkeiten nicht zum Erfolg führt. Hierauf hatte der Antragsgegner zutreffend hingewiesen.

Eine etwaige Zuständigkeit ergibt sich auch nicht prozessökonomischen Gründen aus § 124 Abs. 1 GWB. Die Vorschrift entfaltet ersichtlich keine Zulässigkeitsbegründende Wirkung, sondern setzt lediglich eine zulässige Verfahrensart voraus (vgl. OLG Frankfurt vom 25.09.2000, 11 Verg 2/99). Die entsprechende Entscheidung der Vergabekammer hat nach dieser Vorschrift Bindungswirkung für die ordentlichen Gerichte hinsichtlich von Klagen in Bezug auf Schadensersatzansprüche wegen Verstößen von Vergabevorschriften.

### Hilfsantrag zu 2)

In Bezug auf den Hilfsantrag zu 2) fehlt es der Antragstellerin an einem Feststellungsinteresse.

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) veröffentlicht im BGBl. I, 1998 S. 2568 ff., neugefasst durch Bekanntmachung vom 15.07.2005, BGBl. I, 2114, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.05.2009, BGBl. I, 1102, i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., zuletzt geändert durch RdErl. des MW vom 07.09.2009 – 53-873-10, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 33/2009 S. 691 ff.) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 5.000.000 Euro für die Vergabe von Bauleistungen gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 4 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I S. 169 ff.), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 V vom 14.03.2012 (BGBl Teil I Nr. 14, 488), ist für dieses Vorhaben überschritten. Der Antragsgegner hat nicht von dem § 2 Nr. 7 VgV Gebrauch gemacht. Für die ausgeschriebene Leistung von unter einer Million Euro wählte er die europaweite Ausschreibung.

Der Antragstellerin fehlt es jedoch an einem Feststellungsinteresse.

Es kann zunächst offen bleiben, ob der Feststellungsantrag im Sinne des § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB statthaft ist. Diese Vorschrift stellt unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes einen Ausnahmetatbestand dar. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kann ein entsprechender Antrag nur gestellt werden, wenn sich ein bereits eingeleitetes Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlages oder durch Aufhebung erledigt hat (vgl. OLG Düsseldorf vom 13.04.1999, Verg 1/99). Im Falle der Aufhebung wird jedoch zum Teil vertreten, dass ein Feststellungsantrag auch dann zulässig ist, wenn das erledigende Ereignis vor Anrufung der Vergabekammer eingetreten ist (vgl. Vergabekammer Südbayern vom 17.08.2004, 120.3-3194-1-20-04/04; Reidt, Stickler, Glahs, Vergaberecht Kommentar, 3. Auflage, § 114 Rn. 55). Dies bleibt jedoch dahingestellt, da es der Antragstellerin an einen Feststellungsinteresse fehlt. Die begehrte Feststellungsentscheidung könnte für die Antragstellerin nur für einen Schadensersatzprozess von Bedeutung sein. Ein anders geartetes Interesse hat sie nicht dargelegt. Es ist jedoch von vornherein ausgeschlossen, dass die Antragstellerin ohne die behaupteten Vergabeverstöße bei der Vergabe des Auftrags erfolgreich gewesen wäre bzw. eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte.

Ihr Angebot war nämlich nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 g) VOB/A vom Vergabeverfahren auszuschließen. Sie hat in Bezug auf ihre Eignung vorsätzlich unzutreffende Erklärungen abgegeben.

In ihrem Angebotsschreiben hat sie unter Nummer drei erklärt, die Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen, sofern sie im Formblatt 235EG keine Nachunternehmerleistungen einträgt. Da sie eine entsprechende Eintragung nicht vorgenommen hatte, ist ihre Erklärung nur so zu verstehen, dass sie für die Leistungserbringung keinen Nachunternehmer bindet. Diese Erklärung war jedoch objektiv unrichtig. Wie sich im Aufklärungsgespräch ergab, beabsichtigt sie sehr wohl einen Nachunternehmer einzusetzen. Die Tatsache, dass sie an anderer Stelle, nämlich im Formblatt 221 (Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation), Zuschläge auf Einzelkosten der Teilleistungen auch für Nachunternehmer aufführte, ändert nichts daran, dass die Erklärung im Angebotsschreiben objektiv unzutreffend war. Dies gilt auch ungeachtet der Tatsache, dass sie im Aufklärungsgespräch den Einsatz von Nachunternehmern offenlegte und anschließend das Formblatt 235EG entsprechend ausgefüllt nachreichte.

Sie handelte dabei auch vorsätzlich. In diesem Zusammenhang genügt, dass die Antragstellerin entsprechende Angaben tätigte, obwohl sie mit deren Unrichtigkeit rechnete und dies billigend in Kauf nahm (bedingter Vorsatz). Aus dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 11.07.2012 ergibt sich, dass sich die Antragstellerin bei Angebotsabgabe noch nicht sicher war, ob sie die Leistungen in Eigenregie ausführen oder einen Nachunternehmer binden will. Sie hat damit aber jedenfalls die letztgenannte Möglichkeit in Betracht gezogen. Der Einsatz von Nachunternehmern war aus ihrer Sicht keineswegs ausgeschlossen. Daher hat sie nach ihrer eigenen Einlassung das Formblatt 235EG nicht sogleich ausgefüllt. Sie hat sich in diesen Zusammenhang nicht darauf berufen, dass sie versehentlich eine falsche Erklärung abgegeben habe. Die Antragstellerin hat damit bereits zu diesem Zeitpunkt für möglich gehalten, dass die Erklärung im Angebotsschreiben, die Leistungen in Eigenregie zu erbringen, unzutreffend war. Die Vergabeunterlagen haben es nicht zugelassen, dass die Bieter sich den Einsatz von Nachunternehmern bis nach Angebotsabgabe offen halten können. Vielmehr war verlangt, dass sie diesbezüglich bereits im Angebotsschreiben verbindliche Erklärungen abgeben. Eine solche Forderung ist auch zulässig (vgl. BGH vom 10.06.2008, X ZB 78/07; VK Lüneburg vom 31.01.2012, VgK-58/2011). Nur soweit verlangt worden wäre, dass die Bieter bereits bei Angebotsabgabe entsprechende Nachunternehmer namentlich benennen, wäre dies unangemessen. Eine solche Forderung wurde vom Auftraggeber aber nicht erhoben.

Es kann weiterhin offen bleiben, ob das Angebot auch auszuschließen war, da es widersprüchliche Angaben beinhaltet. Die Antragstellerin hatte im Angebotsschreiben erklärt, dass sie keine Nachunternehmer bindet. Andererseits hatte sie im Formblatt 221 (Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation) Zuschläge für Nachunternehmerleistungen angegeben. Dies steht nicht miteinander im Einklang.



Es brauchte von der Vergabekammer außerdem nicht aufgeklärt werden, ob die Antragstellerin möglicherweise unzulässig zwei Angebote eingereicht hatte. In diesem Fall wäre der Antragsgegner schon allein deshalb gehalten gewesen, beide Angebote auszuschließen, da die Antragstellerin diese in Kenntnis des jeweils anderen Angebotes erstellt hätte. Dies würde einen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb begründen. Der Antragsgegner hatte Nebenangebote ausdrücklich nicht zugelassen.

Diesbezüglich ist die Dokumentation des Antragsgegners nicht widerspruchsfrei. Für ein Doppelangebot spricht zum einen die Protokolldatei über die digitalen Angebote und zum anderen die handschriftlichen Eintragungen auf der Seite eins in der Niederschrift über die Öffnung der Angebote. Tatsächlich liegt der Vergabeakte jedoch lediglich ein Angebot bei, das mit einer Angebotssumme (Brutto) von 268.201,96 Euro endet. In diesem Angebot sind die Nachunternehmerleistungen unter Ziff. 3.5 des Formblattes 221 nicht verpreist (anders als in dem entsprechenden Formblatt, das dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 11.07.2012 beilag). Es kann in diesem Zusammenhang dahin gestellt bleiben, ob das Angebot ebenso aus diesem Grunde nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A auszuschließen gewesen wäre.

Der Antragsgegner hatte im Übrigen lediglich die konventionell eingereichten Angebote im Sinne des § 14 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A gekennzeichnet. Bei dem in der Vergabeakte beiliegendem digitalen Angebot der Antragstellerin hat er hiervon abgesehen. Inwieweit auch hier eine entsprechende Kennzeichnung stattfinden muss, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht geklärt (vgl. OLG München vom 09.08.2010, Verg 13/10). Dies braucht bei der gegebenen Sachlage nicht weiter vertieft werden. Die Kennzeichnung soll gewährleisten, dass die Angebotsinhalte nach Öffnung nicht verändert werden können. In tatsächlicher Hinsicht besteht jedoch kein Zweifel daran, dass die Antragstellerin die Erklärung zum Nachunternehmerinsatz in ihrem Angebotsschreiben, so wie dargestellt, abgegeben hat. Dies hat sie selbst in ihren Schriftsätzen eingeräumt. Sie kann daher durch eine eventuelle fehlerhafte Kennzeichnung nicht beschwert sein (vgl. OLG München a.a.O.). Wie bereits erwähnt, ist ihr Angebot zwingend auszuschließen. Daher kann schließlich auch offen bleiben, ob die Aufhebung der Ausschreibung rechtmäßig war.

### Hilfsantrag zu 3)

Die Antragstellerin ist insoweit nicht antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB.

Sie kann nicht darlegen, dass ihr durch den behaupteten Vergabeverstoß ein Schaden zu entstehen droht. Ihr Angebot ist - wie bereits erwähnt – zwingend nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 g) VOB/A auszuschließen. Es ist zwar zutreffend, dass einem Bieter im Regelfall der Zugang zum Nachprüfungsverfahren nicht mit der Begründung verwehrt werden kann, sein Angebot sei unabhängig von dem Vorbringen im Nachprüfungsantrag zwingend auszuschließen. Bei dieser Sachlage kommt in Betracht, dass der Auftraggeber die Ausschreibung aufhebt, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wieder herzustellen. Bei der erneuten Ausschreibung hat der Bieter eine zweite Chance auf Zuschlagserteilung (vgl. BGH vom 26.09.2006, X ZB 14/06; Kommentar zum GWB-Vergaberecht, Kulartz/Kus/Portz, 2. Auflage, 2009, § 107 Rn. 38 mit weiteren Nachweisen). Durch die Unterlassung einer solchen Maßnahme droht ihm regelmäßig ein Schaden, auch wenn sein Angebot zwingend auszuschließen ist. Hier liegt der Fall jedoch anders, da der Antragsgegner ohnehin von sich aus die Ausschreibung aufgehoben hat. Der Antragstellerin steht sowieso die Möglichkeit offen, erneut ein Angebot einzureichen. Dies gilt ungeachtet dessen, dass ihr Angebot im streitbefangenen Vergabeverfahren von vornherein nicht zu berücksichtigen war. Würde die Vergabekammer entsprechend ihrem Antrag veranlassen, die Aufhebung rückgängig zu machen, würde der Antragstellerin diese Möglichkeit genommen.

Sieht man den Nachprüfungsantrag entgegen dieser Auffassung als zulässig an, wäre er jedenfalls aufgrund des zwingenden Ausschlusses des Angebotes der Antragstellerin unbegründet.

### Hilfsanträge zu 4), 5) und 6)

Die Vergabekammer ist sachlich nicht zuständig, über die Hilfsanträge 4), 5) und 6) zu entscheiden.

Soweit die Antragstellerin mit ihrem Hilfsantrag zu vier beantragt, festzustellen, dass der Antragsgegner ihr den vermeintlich entgangenen Gewinn zu erstatten habe, ist dieser Antrag unzulässig. Die Vergabekammer ist im Rahmen des § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB lediglich befugt, festzustellen, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. Schadensersatzansprüche sind im ordentlichen Rechtsweg nach allgemeinen Grundsätzen geltend zu machen (vgl. Seite 11/12 dieses Beschlusses). Dies gilt auch, soweit die Antragstellerin Ansprüche nach § 126 GWB geltend macht (vgl. Reidt, Stickler, Glahs, Vergaberecht Kommentar, 3. Auflage, a.a.O.)

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB verzichtet, weil allein aufgrund der Aktenlage der Nachprüfungsantrag verworfen werden musste. Eine andere Bewertung hätte sich auch nach der mündlichen Verhandlung nicht ergeben können.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt, mithin die Antragstellerin.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Grundlage des wirtschaftlichen Wertes ist insoweit der Bruttoangebotspreis der Antragstellerin.

Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer ergibt sich ein Richtwert von ..... Euro inklusive Auslagen. Es besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen. Dieser Betrag verringert sich um den bereits geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von ..... Euro.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von ..... **Euro** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzeichen ..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des jeweiligen Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin ist hier als Unterliegende anzusehen und hat daher diese Aufwendungen zu tragen.

Die ehrenamtliche Beisitzerin, Frau ....., hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihr lag dieser Beschluss hierzu vor.

## **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

gez. ....

gez. ....