



SACHSEN-ANHALT

2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az.: VK 2 LVwA LSA – 16/06

In den Nachprüfungsverfahren, der Bieter

1. ...

- Antragstellerin zu 1) –

2. ...

- Antragstellerin zu 2) –

gegen die

3.

- Vergabestelle -

hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 23.05.2006 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, den hauptamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Brodtrück und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Schmidt auf die mündliche Verhandlung vom 03.05.2006 beschlossen:

1. Der Vergabestelle wird aufgegeben, die am 03.03.2006 ausgesprochene Aufhebung des Vergabeverfahrens rückgängig zu machen und das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.

2. Die Vergabestelle trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) dieses Verfahrens. Die Kosten des Verfahrens werden auf € ... festgesetzt.
3. Die Vergabestelle hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsteller zu 1) und zu 2) zu tragen. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin zu 1) und zu 2) war notwendig.

Gründe

I.

Die Vergabestelle hat im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften die Vergabe der Leistungen zur Baumaßnahme: ... am 08.03.2005 zur Veröffentlichung veranlasst.

Als Vergabeverfahren hat sie das Offene Verfahren nach der VOB/A 2. Abschnitt, gewählt (Nr. IV.1) des Veröffentlichungstextes.

Unter der Nr. IV.2 sind als Zuschlagskriterien aufgeführt:

- „Das wirtschaftlich günstigste Angebot auf Grund der in den Unterlagen genannten Kriterien.“

Die Vergabestelle hat das Ende der Frist zur Abgabe der Angebote und gleichzeitig als Eröffnungstermin auf den 19.04.2005, 10:00 Uhr festgesetzt (Nr. IV. 3.3, IV. 3.7.2).

Als Ablauf der Bindefrist wurde der 10.08.2005 angegeben (Nr. IV.3.6).

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes sind u.a. folgende Kriterien für die Angebotswertung aufgeführt (Ziffer 9):

- Preis, Betriebs- und Folgekosten, technischer Wert, Gestaltung.

Ziffer 2 der Besonderen Vertragsbedingungen, die Bestandteil der Verdingungsunterlagen sowie des Angebots der Antragstellerin zu 1) und zu 2) sind, enthält unter der Überschrift „Vertragsfristen“ folgende Regelung:

„2.1 Beginn der Ausführung frühestens 18 Werktage nach Zuschlagserteilung

2.3 Vollendung der Ausführung spätestens am 31.08.2007

Verkehrsfreigabe (Strecke VKE 461)... spätestens 15.12.2006.“ (gemeint war wohl der 15.12.2007)

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 19.04.2005, 10:00 Uhr, haben sieben Unternehmungen insgesamt 56 Angebote, davon 49 Nebenangebote bei der Vergabestelle eingereicht, darunter auch die Antragstellerin zu 1) und zu 2). Ferner gewährten mehrere Bieter Nachlässe zwischen 1% und 5 %.

Ausweislich der Vergabeunterlagen (hier: Submissionsprotokoll) hat die Antragstellerin zu 1) das preislich günstigste Angebot i.H.v. € ... eingereicht. Auf Platz zwei der Bieterfolge liegt die Antragstellerin zu 2) mit ihrem Hauptangebot in Höhe von € Daneben hat sie 12 Nebenangebote sowie einen 3%-igen Nachlass der Vergabestelle vorgelegt.

Im Zuge der Prüfung der Angebote stellte die Vergabestelle aus ihrer Sicht diverse Ungereimtheiten im Angebot der Antragstellerin zu 1) fest. Sie war vor allem der Auffassung, dass der Angebotspreis hinsichtlich des Verkaufs von Schwarzerde aus der Pos. **6.3.80** des Leistungsverzeichnisses (156.200 m³) am Markt nicht erzielbar sei. Die Vergabestelle beabsichtigte, auf das Angebot der Antragstellerin zu 1) nicht den Zuschlag zu erteilen. Es war vielmehr vorgesehen, der Antragstellerin zu 2) den Auftrag zu erteilen. Als Wertungssumme hat die Vergabestelle das Angebot der Antragstellerin zu 2) unter Berücksichtigung ihres Nachlasses und unter Einbeziehung eines Nebenangebotes (hier: Nr. 4) auf € ... geprüft.

Mit Schreiben vom 11.05.2005 (hier: Verständigung der Bieter gemäß § 27 Nr. 1 VOB/A) teilte die Vergabestelle der Antragstellerin zu 1) mit, dass u.a. ihr Angebot nach § 25 Nr. 1 Abs.1 lit. b) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sowie Punkt 15 der Aufforderung zur Angebotsabgabe ausgeschlossen werde. So sei der Wechsel in ihrer Kalkulation zwischen Gutschrift bzw. Nachlass und Gewinnausweisungen für die Vergabestelle weder objektiv noch nachvollziehbar. Dies betreffe insbesondere die Position 6.3.250, die insoweit ein für die Vergabestelle nicht kalkulierbares erhebliches wirtschaftliches Risiko in sich berge. Ferner sei der in Position 6.3.80 ausgewiesene hohe Negativpreis und der damit kalkulierte Verkaufswert nicht nachgewiesen und im Wettbewerb auch nicht erzielbar. Darüber hinaus habe sie in Position

6.3.70 eine unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen vorgenommen. Die ausgeschriebene Leistung sei von ihr nicht ausschreibungskonform kalkuliert und angeboten worden.

Eine Information nach § 13 der Vergabeverordnung (VgV) war zu diesem Zeitpunkt noch nicht ergangen.

Hierauf leitete die Antragstellerin zu 1) ein Nachprüfungsverfahren ein. Die Vergabekammer hatte diesen Antrag mit Beschluss vom 07.07.2005 zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zu 1) hatte das OLG Naumburg jedoch mit Beschluss vom 22.09.2005 die Vergabestelle verpflichtet, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu wiederholen.

Die Vergabestelle hatte unter Einbeziehung der Antragstellerin zu 2) und einer am Verfahren beteiligten Bietergemeinschaft eine Bindefristverlängerung bis zum 15.09.2005 vereinbart. Mit der Antragstellerin zu 1) wurde eine solche Bindefristverlängerung nicht vereinbart. Nach dem 15.09.2005 wurde keine weitere Verlängerung der Bindefrist vereinbart.

Im Zuge ihrer Neuwertung gelangte die Vergabestelle per 28.11.2005 nunmehr zu dem Ergebnis, dass sich die Mengenvordersätze in mehreren Positionen erheblich gegenüber den Vorgaben in der Leistungsbeschreibung ändern würden. Dies betreffe die Position **6.3.80** – Schwarzerde abtragen und verwerten mit einer Reduzierung von ursprünglich 156.200 m³ auf nunmehr 73.400 m³, die Position **6.3.250** – Boden bzw. Fels lösen und verwerten mit einer Erhöhung von ursprünglich 156.700 m³ auf jetzt 289.700 m³. Die Positionen 6.4.1600 – 6.4.1700 (Regenrückhaltebecken) sowie Kapitel 13 (Überflughilfe für Fledermäuse) würden entfallen.

In der Position 6.3.80 heißt es hierzu:

„Schwarzerde innerhalb und außerhalb der Sollprofile abtragen und der Verwertung nach Wahl des AN zuführen. Dicke von 0,3 m unter GOK bis 1,5 m unter GOK. Abgerechnet wird nach Abtragsprofilen. Verwertung nach Unterlagen des AG nachweisen.“

Hieraus hat die Vergabestelle in dieser Position eine Menge abzutragender Schwarzerde von 156.200,00 m³ ermittelt.

Hierzu und zu den anderen vorgenannten Positionen bat die Vergabestelle die Antragstellerin zu 1) und zu 2) bis zum 09.12.2005 jeweils um eine Stellungnahme. Ferner sollten sie ebenfalls schriftlich erklären, soweit möglich, wie sich die zeitliche Verzögerung auf ihr jeweiliges Angebot ausgewirkt habe bzw. auswirken werde.

Diesem Anliegen der Vergabestelle ist die Antragstellerin zu 1) und zu 2) mit ihren entsprechenden Erklärungen auch fristgerecht nachgekommen. Im Wesentlichen führten sie aus, dass sich diese Änderungen nicht auf ihre im Leistungsverzeichnis angebotenen Einheitspreise auswirken würden. Im Übrigen wäre eine Herauslösung von Leistungen aus den bereits der Vergabestelle vorliegenden Angeboten rechtlich nicht zulässig. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt dieser Schreiben Bezug genommen.

Hiernach hatte die Vergabestelle per 22.12.2005 (hier: Seite 5 des ergänzenden Vergabevermerkes) die zuvor von ihr ermittelten Veränderungen in der Position 6.3.250 fallen gelassen, da sich nach nunmehr nochmaliger Überprüfung der ursprünglich ermittelte Mengenvordersatz von 156.700 m³ bestätigt hätte.

Mit Schreiben vom 03.03.2006 teilte die Vergabestelle der Antragstellerin zu 1) und zu 2) mit, dass sie die Ausschreibung aufhebe. In der Begründung hierzu nahm sie auf die bereits zuvor aufgeführten Mengenänderung (hier: Pos. 6.3.80) gegenüber der Leistungsbeschreibung Bezug. Ferner würden das Kapitel 13 – Überflughilfe für Fledermäuse sowie die Herstellung des Regenrückhaltebeckens entfallen.

Wie den Ausführungen in der Ergänzung zum Vergabevermerk vom 27.05.2005 (Ergänzung aufgestellt am 22.12.2005) zu entnehmen ist, hat der Bundesrechnungshof am 19.08.2005, also nach der Angebotseröffnung, eine Prüfung der Planung und der Ausschreibung vorgenommen. Er vertritt die Auffassung, dass die Ausführung der Überflughilfe für Fledermäuse in Acrylglas im Gegensatz zu anderen Materialien zu teuer sei. Bei einer Ausführung in Aluminium würden lediglich ca. 60% der von den Bietern hierfür in ihren Angeboten enthaltenen Preisen anfallen. Hiernach sei die Vergabestelle aufgefordert, die Überflugschutzwand umzuplanen. Insoweit hat sie den Entschluss gefasst, diese Leistungen aus den Angeboten herauszulösen und gesondert zu beauftragen. Diese Änderungen würden sich ihrer Auffassung nach auch in den Kalkulationen der Bieter niederschlagen. Darüber hinaus läge ein ande-

rer schwerwiegender Grund infolge der Veränderung der technologischen und zeitlichen Situation vor.

Dieses Vorgehen seitens der Vergabestelle hat die Antragstellerin zu 1) am 07.03.2006 und die Antragstellerin zu 2) am 09.03.2006 gerügt. Sie sind beide der Auffassung, dass die beabsichtigte Aufhebung rechtlich nicht haltbar sei. Die Vergabestelle hat den Rügen mit ihren Schreiben vom 14.03. bzw. 15.03.2006 nicht abgeholfen.

Hierauf haben die Antragstellerin zu 1) am 23.03.2006 und die Antragstellerin zu 2) am 31.03.2006 jeweils einen Nachprüfungsantrag gestellt. Sie tragen vor, dass die Mengenänderungen für sie nicht erklärbar seien. Sie seien im Übrigen auch nicht von so großem Gewicht, als dass dies eine Aufhebung der Ausschreibung rechtfertige. Das technische Konzept der Bauleistung werde nicht grundlegend verändert. Außerdem seien die von der Vergabestelle behaupteten Mengenänderungen ihr anzulasten. Die Positionen Regenrückhaltebecken und Überflugschutz für Fledermäuse seien darüber hinaus von untergeordneter Bedeutung.

Die Antragstellerin zu 1) beantragt,

die Vergabestelle zu verpflichten, die Aufhebung der Ausschreibung zurückzunehmen und das Vergabeverfahren unter ordnungsgemäßer Wertung ihres Angebotes fortzuführen,

hilfsweise,

festzustellen, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt hat.

Die Antragstellerin zu 2) beantragt,

die Vergabestelle zu verpflichten, die Aufhebung der Ausschreibung zurückzunehmen und den Zuschlag nur unter Berücksichtigung ihres Angebotes zu erteilen.

Die Vergabestelle beantragt mit ihren Schriftsätzen vom 27.03./05.04 bzw. 04.04./06.04.2006 die Nachprüfungsanträge kostenpflichtig zurückzuweisen. Die gegen sie als Vergabestelle erhobenen Vorwürfe seien haltlos. Auf Grund der Mengen-

änderungen gegenüber der Leistungsbeschreibung verändere sich die Bieterreihenfolge. Hieraus und aus Gründen des Ablaufs der Bindefrist bestünde ein für sie nicht zu überschauendes Wirtschaftlichkeitsrisiko. Aus Gründen der Transparenz und Chancengleichheit sei es daher zulässig, die Ausschreibung aufzuheben. Auch nur in Ausnahmefällen könne eine Vergabestelle dazu angehalten werden, die Aufhebung wieder rückgängig zu machen, etwa wenn diese nur zum Schein erfolgt sei. Dies sei hier jedoch nicht gegeben. Außerdem seien etwaige Nachtragsrisiken für sie nicht hinnehmbar. Im Übrigen seien die vorgetragenen Umstände von derartigem Gewicht, dass die Vergabestelle nicht verpflichtet werden könne, das Vergabeverfahren fortzuführen.

Auch im Übrigen tritt sie dem Vorbringen der Antragstellerin zu 1) und zu 2) entgegen.

Die Vergabekammer hat die Nachprüfungsanträge am 24.03. und 03.04.2006 zugestellt.

Die Beteiligten hatten in der mündlichen Verhandlung vom 03.05.2006 Gelegenheit, ihr Vorbringen zu vertiefen und zu ergänzen. Insoweit wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze Bezug genommen.

Der Antragstellerin zu 1) und zu 2) wurde Akteneinsicht gewährt. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der am Vergabeverfahren Beteiligten waren hiervon ausgenommen.

Die 2. Vergabekammer hat am 21.04.2006 beide Verfahren verbunden.

II.

Die Nachprüfungsanträge sind zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit

a) Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), veröffentlicht im BGBL. I 1998 S. 2568 ff., 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., geändert durch RdErl. des MW vom 8.12.2003 – 42 – 32570/03, veröffentlicht im MBL LSA Nr. 57/2003) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig. Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich weiter aus § 18 Abs. 6 der Vergabeverordnung (VgV). Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Ziffer 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 5 Mio. Euro für die Vergabe von Bauaufträgen gemäß § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 4 der Vergabeverordnung (VgV) ist für dieses Vorhaben überschritten, so dass diese Maßnahme dem Anwendungsbereich der VOB/A 2. Abschnitt unterliegt. Insoweit sind hierfür sowohl das GWB als auch die VgV einschlägig.

b) Antragsbefugnis

Die Antragstellerin zu 1) und zu 2) sind auch gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hatten durch Abgabe ihrer Angebote ihr Interesse am Auftrag nachhaltig dokumentiert, eine Verletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht und hinreichend dargelegt, dass ihnen durch die Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise Schaden drohe.

c) Rügeobliegenheit

Die Antragstellerin zu 1) und zu 2) sind ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nachgekommen.

Nach dieser Vorschrift ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Nach der Rechtsprechung muss die Rüge aufgrund der kurzen Fristen, die im Vergabeverfahren gelten, im Regelfall je nach Lage des Einzelfalls höchstens innerhalb von fünf Tagen erfolgen (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 25.05.2000 - 1 Verg. 1/00. In diesem Sinne hat die Antragstellerin zu 1) rechtzeitig (Schriftsatz vom 07.03.2006) geltend gemacht, dass die in dem Absageschreiben der Vergabestelle (hier: vom 03.03.2006)

gemäß § 26 Nr. 1 lit. b) und lit. c) VOB/A aufgeführten Gründe für eine Aufhebung der Ausschreibung nicht zutreffen und demzufolge rechtswidrig seien.

Die Antragstellerin zu 2) hatte mit Schriftsatz vom 09.03.2006 die Aufhebung der Ausschreibung gerügt. Auch dies ist unter Berücksichtigung aller Umstände unverzüglich. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das Schreiben der Vergabestelle in Bezug auf die Aufhebung die Antragstellerin zu 2) erst am späten Freitagnachmittag erreichte. Von Bedeutung ist auch, dass die Vergabestelle selbst drei Monate nach den Aufklärungsgesprächen zugewartet hat, bis sie die Antragstellerin über die Aufhebung informierte. Von daher wäre es in diesem Fall nicht angemessen, einen Zeitraum von sechs Tagen zwischen Kenntniserlangung und Rüge als verspätet anzusehen.

2. Begründetheit

Die Anträge sind auch begründet.

Die Antragstellerin zu 1) und zu 2) sind im Sinne der §§ 97 Abs. 7, 114 Abs. 1 GWB in ihren Rechten verletzt.

Die Antragsteller haben einen Anspruch darauf, dass die Aufhebung rückgängig gemacht und das Verfahren durch Zuschlagserteilung zum Abschluss gebracht wird.

Die seitens der Vergabestelle zur Aufhebung des Vergabeverfahrens herangezogenen Gründe gemäß § 26 Nr. 1b) und 1c) VOB/A sind nicht geeignet, das Vergabeverfahren durch Aufhebung zu beenden.

2.1 Grundlegende Änderung der Verdingungsunterlagen

Nach § 26 Nr. 1b) VOB/A kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn die Verdingungsunterlagen grundlegend geändert werden müssen. Voraussetzung hierfür sind so einschneidende und nachhaltige Änderungen, dass es für die Vergabestelle objektiv sinnlos oder unzumutbar ist, den Zuschlag auf eines der Angebote zu erteilen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.01.2005, Verg 72/04). Die von der Vergabestelle behaupteten Abweichungen von der Leistungsbeschreibung sind auch kumulativ nicht so gravierend, dass dies eine Aufhebung rechtfertigen würde.

Hierzu im Einzelnen:

Mengenänderung

Die Vergabestelle hat nicht substantiiert darlegen können, dass in der Position 6.3.80 abweichend von den Angaben in der Leistungsbeschreibung (156.200 m³) nunmehr lediglich eine Menge von 73.400 m³ Schwarzerde abzutragen seien.

Ausweislich der Verdingungsunterlagen war Grundlage der Ermittlung des Mengenrückes sowohl ein Baugrundgutachten als auch ein hydrologisches Gutachten.

Im Rahmen von archäologischen Erkundungen, die parallel zur Ausschreibung durchgeführt wurden und zum Zeitpunkt der ursprünglich für den 18.08.2005 beabsichtigten Zuschlagserteilung (hier: mit 156.200 m³) nicht abgeschlossen waren, ermittelte die Vergabestelle statt der ursprünglichen durchschnittlichen Abtragsdicke von 34,6 cm nur noch 29,9 cm. Darüber hinaus sei eine scharfe Trennfläche zwischen Schwarzerde und Mineralboden, wie sie für die Archäologie notwendig sei, für den praktischen Erdbau nicht mehr erforderlich, so dass nunmehr von einer Abtragsdicke von lediglich 20 cm ausgegangen werden könne. Es ist schon nicht verständlich, aus welchen Gründen die Vergabestelle die entsprechenden Schlussfolgerungen nicht bereits bei Erstellung der Ausschreibungsunterlagen gezogen hatte. Die Leistungsbeschreibung bezog sich von vornherein nicht auf archäologische Grabungen, sondern war gerichtet auf die vorgenannte Baumaßnahme (hier: Bau einer Autobahn) mit all den hierzu notwendigen Arbeiten. Weiterhin resultiert die Mengenminderung von 82.800 m³ ebenfalls lediglich aus einer Schätzung (vgl. Schreiben der ... vom 28.11.2005). Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, wie der Wert von 20 cm ermittelt wurde. Es ist damit nicht belegt, dass sich tatsächlich Verringerungen in der von der Vergabestelle aufgeführten Größenordnung einstellen werden. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob nicht die in engeren Abständen geführten Untersuchungen (hier: geologisches Gutachten, Baugrundgutachten) sich als genauer gegenüber den in größeren Abständen durchgeführten archäologischen Aufgrabungen erweisen würden.

Aber selbst dann, wenn sich Mengenänderungen in der von der Vergabestelle angenommenen Größenordnung einstellen sollten, hat sie dies allein zu vertreten. Sie ist damit nicht berechtigt, die Ausschreibung aufzuheben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2005, Verg 40/04).

Sie war gehalten, eine auf Grundlage des § 9 VOB/A bestehende Leistungsbeschreibung zu erstellen. Gegen diese Obliegenheit hat die Vergabestelle verstoßen.

Nach § 9 Nr. 1 VOB/A hat die Vergabestelle u.a. die Leistung so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.

Nach Nr. 2 dieser Vorschrift darf dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkungen auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben (Nr. 3 der Vorschrift). Hiergegen hat die Vergabestelle durch ihre derzeitig beabsichtigte Mengenänderung verstoßen. Sie hätte vorab diese entsprechenden Untersuchungen verlässlicher durchführen müssen. Es ergibt sich, bezogen auf diese Position, eine Reduzierung von mehr als die Hälfte gegenüber den Angaben der Leistungsbeschreibung. Es ist zuzugeben, dass Mengenänderungen grundsätzlich zwar möglich sind. In dieser Größenordnung sind sie jedoch ungewöhnlich und lassen jedenfalls diesbezüglich auf eine ungenaue Leistungsbeschreibung schließen. Die Vergabestelle hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass die archäologischen Grabungen bereits seit längerer Zeit durchgeführt wurden. Soweit bereits damit vor Angebotsabgabe begonnen wurde, hätte die Vergabestelle hierüber die Bieter informieren und gegebenenfalls die Frist für die Einreichung der Angebote angemessen verlängern müssen. Sie hatte demgegenüber vielmehr die Absicht, diese Leistungen so wie im Leistungsverzeichnis aufgeführt, unverändert, nämlich mit 156.200 m³ bis spätestens 10.08.2005 zu beauftragen (vgl. Schreiben der Vergabestelle vom 25.07.2005). Es ist auffallend, dass die Vergabestelle nunmehr davon ausgeht, dass sich eine derartige Mengenminderung in der Position 6.3.80 einstellen soll, in der die Antragstellerin zu 1) den mit Abstand niedrigsten Einheitspreis angeboten hat. In einem Parallelverfahren trifft dies mit einer Mengenerhöhung bei der Antragstellerin zu 1) auf eine Position mit einem sehr hohen Einheitspreis zu.

Soweit die Vergabestelle unter Bezugnahme der Urkalkulation der Antragstellerin zu 1) anführt, dass der von ihr in Position 6.3.80 aufgrund der Mengenänderung ausgewiesene Verkaufserlös vollständig entfalle, hat sie dies nicht weiter belegt. Im Üb-

rigen ist die Kalkulation und deren Zustandekommen Sache der Bieter (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 22.09.2005, 1 Verg 7/05). Hierbei ist festzuhalten, dass genau die Leistungsposition 6.3.80 mit dem auffällig niedrigen Einheitspreis bereits Gegenstand des 1. Nachprüfungsverfahrens war. Es wurde durch den Vergabesenat des OLG Naumburg festgestellt, dass diese Preisangabe nicht zu beanstanden war.

In Bezug auf die Mengenänderungen gilt, allerdings erst nach Vertragsschluss, der § 2 Nr. 3 VOB/B, mit der Möglichkeit der Nachverhandlung zur Preisanpassung bei einer über 10%-tigen Überschreitung bzw. Unterschreitung der Mengenabweichung (vgl. sinngemäß OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2005, Verg 40/04).

Überflugschutz für Fledermäuse

Auch soweit die Vergabestelle davon ausgeht, durch eine Herausnahme der Leistungen des Kapitels 13 (hier: Überflugschutz für Fledermäuse am BW 06 A) die Aufhebung der Ausschreibung zu begründen, ist dies rechtlich nicht haltbar. Wie die Vergabestelle in der mündlichen Verhandlung selbst ausführte, ist sie vom Gesetzgeber verpflichtet, diese Leistungen in Acrylglas ausführen zu lassen. Da dies demzufolge Bestandteil der Ausschreibung ist (vgl. auch hierzu die Allgemeine Baubeschreibung zu Baulos 06, Seite 6 und 7), haben die Bieter diese Leistungen auch dementsprechend so angeboten. Hieran ist die Vergabestelle gebunden.

Durch die beabsichtigte Herausnahme dieser Leistungen würde die Vergabestelle gegen das Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 GWB verstoßen. Dies kann nicht zu Lasten der Bieter gehen. Diese Leistungen haben demzufolge so wie ausgeschrieben im Angebot der Bieter zu verbleiben und sind entsprechend auch so in die Wertung einzubeziehen und zu beauftragen. Dies insbesondere auch deshalb, da die Vergabestelle selbst an einer Vergabe dieser Leistungen festhält, allerdings in einem gesonderten Vergabeverfahren.

Regenrückhaltebecken

Im Übrigen ist die Anbindung der Entwässerung des BW 06 an ein Regenrückhaltebecken sowie die Herstellung des Regenrückhaltebeckens selbst im Leistungsverzeichnis so vorgesehen. Soweit die Vergabestelle nunmehr die Auffassung vertritt, dass diese Leistungen aufgrund des Baufortschritts und der zeitlichen Verzögerung dieses Bauabschnittes (hier: Streckenvergabe), hervorgerufen durch die Nachprü-

fungsanträge, zur Sicherstellung des Brückenbauwerkes zwingend herauszulösen und anderweitig zu beauftragen war, kann dies ebenfalls nicht zu Lasten der Bieter gehen. Auch in solchen Fällen gilt § 2 Nr. 3 VOB/B, mit der Möglichkeit der Nachverhandlung zur Preisanpassung bei einer 10%-tigen Überschreitung bzw. Unterschreitung der Mengenabweichung bzw. einer Teilkündigung einzelner Positionen. Im Übrigen dürften diese Leistungen des Regenrückhaltebeckens (hier: 6.3.1600 bis 6.3.1700), bei einem Preisanteil von weit weniger als 1% der Gesamtsumme eher von untergeordneter Bedeutung sein.

Schließlich wären die geänderten Umstände in tatsächlicher Hinsicht auch in ihrer Gesamtheit nicht so erheblich, dass eine Anpassung der Angebote (hier: nach VOB/B) nicht in Betracht kommt. Die Vergabe wird insgesamt nicht sinnlos. Allenfalls werden nur einzelne Positionen in geänderter Form auszuführen sein, nicht jedoch ein großer Teil der im Leistungsverzeichnis aufgeführten Leistungen.

2.2 Andere schwerwiegende Gründe

Gemäß § 26 Nr. 1c) VOB/A kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn andere schwerwiegende Gründe bestehen. Die weite Fassung der genannten Vorschrift ist durch das Erfordernis einer engen, auf Ausnahmefälle beschränkten, Anwendung relativiert. Es sind daran strenge Anforderungen zu stellen. Ein schwerwiegender Grund besteht nur dann, wenn er die bisherige Vergabeabsicht des Auftraggebers entscheidend beeinflusst. So ist die Aufhebung nicht schon dann gerechtfertigt, wenn die eingegangenen Angebote wirtschaftlich nicht den Vorstellungen der Vergabestelle entsprechen. Auch genügt nicht, dass der Ausschreibende im Verlauf des Verfahrens rechtlich oder tatsächlich fehlerhaft gehandelt hat. Berücksichtigungsfähig sind grundsätzlich nur solche Mängel, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrags selbst ausschließen (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O.). Dies ist nach den vorangegangenen Ausführungen nicht gegeben. Auch die vermuteten Nachtragsrisiken aus einer verzögerten Vergabe sowie der Ablauf der Bindefrist stellen keinen schwerwiegenden Grund im Sinne dieser Vorschrift dar.

Die seitens der Vergabestelle für eine Aufhebung bemühte Begründung der verzögerten Auftragsvergabe wegen laufender Nachprüfungsverfahren vermag nicht zu überzeugen.

Es ist zwar einzuräumen, dass die in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Ausführungsfristen (Abschluss der Baumaßnahme 31.08.2007, Verkehrsfreigabe 15.12.2007) wegen der Dauer der Vergabenachprüfungsverfahren so nicht mehr zu halten sein werden. Insoweit bleiben die entstehenden Kosten infolge einer verzögerten Zuschlagserteilung ohne Einfluss auf den Vertragsschluss. Eine Leistungszeit stellt eine wesentliche Vertragsmodalität dar, ihr Fehlen steht aber einem wirksamen Vertragsschluss nicht entgegen. Von den Ausnahmefällen eines hier nicht vorliegenden absoluten oder relativen Fixgeschäftes abgesehen, kann die Leistungszeit auch noch nach Vertragsschluss festgelegt werden. Steht das Fehlen einer Leistungszeitbestimmung bei Vertragsschluss dem wirksamen Zustandekommen eines Vertrages nicht entgegen, kann nichts anderes gelten, wenn ein Vertragsangebot angenommen wird, dem bestimmte Terminvorstellungen im Hinblick auf die Ausführungszeit zugrunde liegen, die im Zeitpunkt der Annahmeerklärung bereits (teilweise) überholt sind. Dies hat keine Auswirkungen auf das Zustandekommen des Vertrages, sondern ist lediglich für die Bestimmung dessen Inhalts und der hieraus folgenden wechselseitigen Pflichten der Vertragsparteien von Bedeutung. Damit haben auch nachprüfungsbedingte Bauzeitenverschiebungen und dadurch verursachte Mehrkosten keine Auswirkungen auf die Erteilung des Zuschlages auf das ursprüngliche Angebot. Demzufolge hat das Verzögerungsrisiko grundsätzlich der öffentliche Auftraggeber zu tragen (vgl. OLG Jena, Urteil vom 22.03.2005 – 8 U 318/04; BayOLG, Beschluss vom 15.07.2002, Verg 15/02).

Hieraus kann auch nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass nach Ablauf dieser Ausführungsfristen vor dem Hintergrund eines potentiell entstehenden Mehrvergütungsanspruches nach § 2 Nr. 5 VOB/B die Ausschreibung wegen nicht überschaubarer Risiken für die Vergabestelle aufgehoben werden könne. Es ist zwar richtig, dass die Bieter nach Ablauf der Zuschlags- und Bindefrist nicht mehr an ihre Angebote gebunden sind. Dem steht nicht entgegen, dass gleichwohl hierauf noch ein Zuschlag erteilt werden kann. Der wirksame Vertragsschluss hängt dann nach § 150 Abs. 1 BGB von der Annahme durch die Bieter ab. Die Vergabestelle hätte jedoch die Bieter zur Verlängerung der Bindefrist auffordern müssen, dies ist hier nicht geschehen (vgl. auch OLG Naumburg, Beschluss vom 01.09.2004, 1 Verg 11/04 m.w.N.). Insoweit kann die fehlende Zuschlags- und Bindefrist nicht für eine Aufhebung, auch nicht kumulativ, herangezogen werden, da diese Voraussetzungen allein durch die Vergabestelle verursacht wurden. Anderenfalls hätten die Vergabestellen

es in der Hand, bei jedwedem Vergabeverfahren durch Auslaufen lassen der Zuschlags- und Bindefrist ein Vergabeverfahren zu beenden. Dies würde einer Manipulation Tür und Tor öffnen. Damit würde die Vergabestelle gegen § 97 Abs. 1, 2 und 7 GWB schwerwiegend verstoßen.

2.3 Aufhebung der Aufhebung

Entgegen der Auffassung der Vergabestelle ist die Vergabekammer befugt, sie anzuweisen, die Aufhebung der Ausschreibung rückgängig zu machen und das Vergabeverfahren fortzusetzen (vgl. Beschluss des EuGH vom 18.06.2002, Rs. C – 92/00; Rn. 37, 55). Grundsätzlich unterliegt die Aufhebung der Ausschreibung durch die Vergabestelle der Nachprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen. Auch insoweit können Unternehmen durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein (vgl. BGH vom 18.02.2003; X ZB 43/02). Die Aufhebung der Aufhebung des Vergabeverfahrens stellt eine geeignete Maßnahme im Sinne des § 114 Abs. 1 GWB dar, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen. Im Einzelfall kann gleichwohl eine derartige Weisung ausgeschlossen sein. Dies setzt jedoch voraus, dass der öffentliche Auftraggeber den ausgeschriebenen Auftrag endgültig nicht mehr vergeben will und deshalb die Aufhebung der Ausschreibung veranlasst hat. In diesem Falle kann die Vergabestelle nicht zu einem Vertragsschluss gezwungen werden (vgl. BGH a.a.O. Seite 13, auch OLG Celle VergabeR 2003, 455; Scharen in NZBau 2003, 585, 590; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.01.2005 – Verg 45/04 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.01.2005 – Verg 72/04). Dies ist hier aber nicht gegeben. Die Vergabestelle selbst macht geltend, dass sie an dem Bauvorhaben zum Neubau der BAB 38 Göttingen – Halle in dem eingangs erwähnten Streckenabschnitt, wenn auch ggf. mit geänderten Mengenvordersätzen und einer eingetretenen Zeitverschiebung, festhalten wolle. Das diese Änderungen so weitreichend sind, dass von einem völlig neuen Beschaffungsvorgang auszugehen ist, ergibt sich aus dem Vortrag der Vergabestelle gerade nicht (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O.).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB. Danach hat die Vergabestelle die Kosten zu tragen, da sie im Verfahren unterlegen ist.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Als wirtschaftlicher Wert wurde der Endpreis des Angebotes der Antragstellerin zu 2) einschließlich der Wertung eines Nebenangebotes und unter Berücksichtigung ihres Preisnachlasses in Höhe von € ... zugrunde gelegt, da ursprünglich durch die Vergabestelle beabsichtigt war, hierauf den Zuschlag zu erteilen. Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer, deren Grundlage die Formel € 2.500,- plus 0,05 % des Auftragswertes ist, ergibt sich ein Richtwert von € Angesichts des mit der Bearbeitung des Nachprüfungsverfahrens verbundenen sachlichen und personellen Aufwandes besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Dies ist nach den vorangegangenen Ausführungen die Vergabestelle. Auf Grund der tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Verfahrens war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG LSA). Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr Schmidt, hat den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06118 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 bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Oanea

Brodtrück