

## 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

### **Beschluss**

Az.: VK 2 LVwA LSA – 17/06

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 15.03.2005 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 aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien.“

Die Vergabestelle hat das Ende der Frist zur Abgabe der Angebote und gleichzeitig den Eröffnungstermin auf den 27.04.2005, 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 Verdingungsunterlagen sowie der Angebote 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 30. September 2006“

Nach Ziffer 3.3 dieser Regelung ist die Summe der zu zahlenden Vertragsstrafenbeträge auf insgesamt 5 v.H. der Abrechnungssumme begrenzt.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 27.04.2005, 10:00 Uhr, haben sechs Unternehmungen insgesamt 10 Angebote, davon 4 Nebenangebote bei der Vergabestelle eingereicht, darunter auch die Antragstellerin zu 1) mit einem Haupt- und einem Nebenangebot sowie die Antragstellerin zu 2) mit ihrem Hauptangebot. Die rechnerische Prüfung der Hauptangebote ergab für die Antragstellerin zu 1) eine Angebotssumme von € ... und für die Antragstellerin zu 2) eine Angebotssumme von € ....

Im Zuge der Prüfung der Angebote stellte die Vergabestelle aus ihrer Sicht diverse Ungereimtheiten in einzelnen Positionen im Angebot der Antragstellerin zu 1) fest.

Mit Schreiben vom 03.05.2005 forderte die Vergabestelle hierauf u.a. die Antragstellerin zu 1) unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 18.05.2004 (X ZB 7/04) und das daraufhin ergangene Allgemeine Rundschreiben Straßenbau Nr. 25/2004 vom 25.11.2004 (S 12/70.10.00-01/57 Va 04) des BMVBW gemäß § 24 VOB/A zur Erläuterung der Preisbildung einiger Leistungspositionen auf. Dies betraf u.a. die Positionen **6.3.30** – Oberboden abtragen und verwenden, **6.3.160** – Boden bzw. Fels aus Seitenentnahme AG lösen und einbauen, **6.3.330/340** – Rasen mähen sowie **6.6.210** – Längspressfugen herstellen.

Die Antragstellerin zu 1) ist dem Anliegen mit Schreiben vom 09.05.2005 entsprechend nachgekommen.

Mit Schreiben vom 25.05.2005 (hier: Verständigung der Bieter gemäß § 27 Nr. 1 VOB/A) teilte die Vergabestelle der Antragstellerin zu 1) mit, dass 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. Es ließen sich z.B. die Positionen mit Gewinnausweisungen nicht beurteilen, der in Position 6.6.210 angebotene Einheitspreis sei nicht nachvollziehbar und in den Positionen 6.3.150 und 6.3.160 habe sie bei identischen Leistungen unterschiedliche Basisansätze zugrunde gelegt. Ferner habe sie in der Position 6.3.30 eine unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen vorgenommen. Die ausgeschriebene Leistung sei so 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 29.07.2005 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 eines weiteren am Verfahren beteiligten Unternehmens eine Bindefristverlängerung bis zum 30.09.2005 vereinbart. Mit der Antragstellerin zu 1) wurde eine solche Bindefristverlängerung nicht vereinbart. Nach dem 30.09.2005 wurde keine weitere Verlängerung der Bindefrist vorgenommen.

Im Zuge ihrer Neuwertung gelangte die Vergabestelle nunmehr zu dem Ergebnis, dass sich die Mengenvordersätze in einer Positionen gegenüber den Vorgaben in der Leistungsbeschreibung ändern würden bzw. Unklarheiten in anderen Positionen bestünden. Dies betrifft im Angebot der Antragstellerin zu 1) die Position **6.3.30** (Oberboden abtragen und weiterverwenden), bei der der von ihr eingeplante Verkaufserlös nicht mehr erzielbar sei. Die Vergabestelle rechnete in diese Position ein Nachtragsrisiko in Höhe von insgesamt € ... netto zu ihren Lasten ein (vgl. ergänzender Vergabevermerk vom 04.01.2006, S. 4). Insoweit würde sich das Angebot der Antragstellerin zu 1) verteuern. Bei Position **6.3.160** (Boden bzw. Fels aus Seitenentnahme AG einbauen) dagegen erhöhe sich der Vordersatz von ursprünglich 8.850 m<sup>3</sup> auf nunmehr 11.300 m<sup>3</sup>. Hiernach solle sich die Angebotssumme der Antragstellerin zu 1) in dieser Position um € ... netto und die der Antragstellerin zu 2) um € 11.466,00 netto erhöhen. Zu den Position **6.3.330/340** (Rasen mähen) bat sie um Mitteilung, welche Leistungsdurchführung Grundlage ihrer Kalkulation sei und wie oft sie die Mahd durchführen werde. In der Position **6.6.210** (Längspressfugen herstellen) solle der zum Einsatz vorgesehene Betonfertiger benannt werden.

Bei der Antragstellerin zu 2) ergäbe sich lediglich die in Position **6.3.160** dargestellte Änderung.

In der Position 6.3.160 heißt es hierzu lt. Leistungsverzeichnis:

„Boden aus Seitenentnahme lösen, zur Einbaustelle fördern, profilgerecht einbauen und verdichten. Seitenentnahme nach Unterlagen des AG Klasse 3 bis 6.

Einbaustelle = Auffüllbereiche im Mittelstreifen und Bankett.  
Das Herstellen des Planums wird nicht gesondert vergütet. Abgerechnet wird nach Auftragsprofilen.“

Hieraus hat die Vergabestelle eine ursprünglich zu bewegendende Menge von 8.850,00 m<sup>3</sup> 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 angeben, 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. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt dieser Schreiben Bezug genommen.

Hiernach ließ die Vergabestelle ihre Aussage zu angeblichen Unklarheiten in der Position 6.6.210 – Längspressfugen herstellen - im weiteren Ablauf des Vergabeverfahrens fallen. Im Übrigen waren angebliche Unklarheiten in dieser Position bereits schon Gegenstand des 1. Nachprüfungsverfahrens.

Mit Schreiben vom 03.03.2006 teilte die Vergabestelle sowohl der Antragstellerin zu 1) als auch zu 2) mit, dass sie die Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1 lit. c) VOB/A aufhebe, da schwerwiegende Gründe bezüglich der Veränderungen der technologischen und zeitlichen Situation einschließlich der damit verbundenen Änderungen der Kalkulationsgrundlagen bei der Vergabe bestünden.

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 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 Mengenänderung in der Pos. 6.3.160 für sie nicht erklärbar sei. Sie sei 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 sei die von der Vergabestelle behauptete Mengenänderung ihr anzulasten. Die Positionen 6.3.330/340 die Rasenmähd betreffend sei für die Antragstellerin zu 1) im Übrigen gerade nicht unklar, so dass hier auch keine Unsicherheit bei der Preisbildung bestünde.

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./06.04.2006 bzw. 04.04./06.04.2005 die Nachprüfungsanträge kostenpflichtig zurück zuweisen. Die gegen sie als Vergabestelle erhobenen Vorwürfe seien haltlos. Sie könne auch nicht zur Auftragserteilung verpflichtet bzw. zu einer Fortführung des Verfahrens gezwungen werden. Es sei ihr nicht zuzumuten, die für sie nicht überschaubaren wirtschaftlichen Risiken zu übernehmen. Insoweit sei eine Aufhebung nach § 26 Nr. 1 lit. c) VOB/A gerechtfertigt.

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 das vorliegende Gesamtvorhaben überschritten, so dass diese Maßnahme dem Anwendungsbereich der VOB/A 2. Abschnitt unterliegt. Insoweit sind für diese Maßnahmen 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 ein 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. c) VOB/A aufgeführten Gründe für eine Aufhebung der Ausschreibung nicht zuträfen 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.

Wie die Vergabestelle in ihrem Aufhebungsvermerk vom 06.01.2006 selbst ausführt, scheidet eine Aufhebung nach § 26 Nr. 1b) VOB/A aus, weil die Verdingungsunterlagen wegen der festgestellten Änderungen in technischer Hinsicht nicht grundlegend geändert werden müssen.

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

Hierzu im Einzelnen:

### 2.1 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 30.09.2006) 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 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 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; Bay-OLG, 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.

Auch die von der Vergabestelle in Bezug auf das Angebot der Antragstellerin zu 1) in ihrem Vermerk vom 14.11.2005 aufgeführte Begründung, wonach der von der Antragstellerin zu 1) hierin aufgeführte Verkaufserlös über 40.000 m<sup>3</sup> am Markt nicht mehr erzielbar sei, ist nicht geeignet, die Aufhebung der Ausschreibung zu begründen.

Insoweit hat die Vergabestelle die Einheitspreise der Antragstellerin zu 1) in der Position 6.3.30 in ihren Berechnungen abgeändert. Sie berechnete zusätzliche Verwertungskosten in Höhe von mindestens € ... netto. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Kalkulation und deren Zustandekommen Sache der Bieter und nicht Angelegenheit der Vergabestelle ist (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 22.09.2005, 1 Verg 7/05). Die Vergabestelle kann nicht die Kalkulation der Antragstellerin zu 1) nach eigenem Ermessen derart auslegen und abändern, dass dann das Ergebnis ihrer Rechenoperationen eine gravierende Änderung ihres Positionspreises zur Folge hat. Hierbei beruhten die Annahmen der Vergabestelle auf Spekulationen. Es ist nicht belegt, dass tatsächlich Verwertungskosten in der von der Vergabestelle angenommenen Höhe eintreten werden. Die Antragstellerin zu 1) hatte sowohl in dem Aufklärungsgespräch vom 09.12.2005 als auch in der mündlichen Verhandlung unwiderlegt ausgeführt, dass sich der Erlös nach wie vor noch realisieren lasse. Die Antragstellerin zu 1) hat bereits durch das Schreiben der ortsansässigen ... e.G. vom 22.06.2005 aufgezeigt, dass diese beabsichtige, den Oberboden von der künftigen Baustelle der A 38 zu übernehmen und einer weiteren landwirtschaftlichen Nutzung zuzuführen.

Damit hat die Vergabestelle auch insoweit durch ihr Vorgehen gegen das Willkürverbot verstoßen. Auch die Tatsache, dass die Antragstellerin zu 1) durch die Weiterveräußerung des Bodens im Auftragsfall Gewinne zu erwirtschaften beabsichtigt,

kann nicht bei der Wertungsentscheidung für die Antragstellerin zu 1) von Nachteil sein (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 22.09.2005, 1 Verg 8/05).

Der in den Kalkulationsunterlagen der Antragstellerin zu 1) aufgeführte Hinweis auf eine zeitliche Begrenzung zur Abnahme des Bodens kann schon deshalb nicht herangezogen werden, weil die Kalkulation nicht Bestandteil des Angebots ist. Maßgeblich für die Wertung ist allein das von ihr auf Grundlage des Verwaltungsentwurfs entsprechend ausgearbeitete Angebot. Nur die hierin angebotenen Leistungen werden im Auftragsfall Vertragsbestandteil (vgl. auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.09.2005 – Verg W 9/05). Unter der Position 6.3.30 bietet sie die von der Vergabestelle geforderte Leistung (hier: Boden lösen und verwerten) an.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Einheitspreis der Antragstellerin zu 1) in dieser Position in etwa dem Niveau der Einheitspreise der anderen Bieter entspricht (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 22.09.2005, 1 Verg 8/05).

## 2.2 Mengenänderungen

Die Vergabestelle hat nicht substantiiert darlegen können, dass in der Position 6.3.160 abweichend von den Angaben in der Leistungsbeschreibung (8.550 m<sup>3</sup>) nunmehr eine Menge von 11.300 m<sup>3</sup> Boden bzw. Fels aus Seitenentnahme zu entnehmen und profilgerecht an anderer Stelle einzubauen sei.

Ausweislich der Verdingungsunterlagen waren Grundlage der Ermittlungen des Mengengerüstes die Planungsunterlagen für den Bau der BAB 38. Hierin ist auch der für die Position 6.3.160 konkret ermittelte Bedarf enthalten. Die seitens der Vergabestelle in der mündlichen Verhandlung zu der Mengenerhöhung in der Position 6.3.160 abgegebene lapidare Begründung, dass bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses die zur Auffüllung des Bankettbereiches erforderlichen Mengen vergessen worden seien, vermochte die Vergabekammer nicht zu überzeugen. Sie hat nicht substantiiert dargelegt, welchen Teil der Bankette sie konkret vergessen hatte, bei der Mengenermittlung zu berücksichtigen. Auch die von ihr als Grundlage zur Veränderung der Mengen herangezogene Stellungnahme des Büros ... vom 04.10.2005 lässt nicht erkennen, worauf die Mengenerhöhung zurückzuführen ist. Hierin ist u.a. lediglich aufgeführt: „Korrektur bei 06.03.160 auf 11.300 m<sup>3</sup>.“ Insoweit resultiert die

Mengenmehrung von 2.750 m<sup>3</sup> ebenfalls lediglich aus einer willkürlichen Schätzung/Festlegung des Büros ..., der sich die Vergabestelle ungeprüft angeschlossen hat. Damit ist nicht belegt, dass sich tatsächlich eine Mengenerhöhung in der von der Vergabestelle aufgeführten Größenordnung einstellen werde. Durch die von der Vergabestelle und dem Ing. Büro beabsichtigte Vorgehensweise wird die Antragstellerin zu 1), die das wirtschaftlich günstigste Angebot bei Zugrundelegung des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses bei der Vergabestelle eingereicht hat, in erheblicher Weise benachteiligt.

Aber selbst dann, wenn sich Mengenänderungen in der von der Vergabestelle angenommene 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 Mengen verlässlicher ermitteln bzw. die Vorgaben durch das Planungsbüro hinsichtlich ihrer Richtigkeit überprüfen müssen. Es ergibt sich bezogen auf diese Position lediglich eine Erhöhung von 2750 m<sup>3</sup> (ca. 27%) gegenüber den Angaben der Leistungsbeschreibung. Es ist zuzugeben, dass Mengenänderungen grundsätzlich zwar möglich sind. In dieser Größenordnung sind sie – bezogen auf die ursprünglich vorgesehene Menge - jedoch ungewöhnlich und lassen jedenfalls diesbezüglich auf eine ungenaue Leistungsbeschreibung schließen. Die Vergabestelle hatte demgegenüber vielmehr die Absicht, mit diesen Leistungen so wie im Leistungsverzeichnis aufgeführt, unverän-

dert, nämlich mit 8.550 m<sup>3</sup> bis zum Ende der Zuschlagsfrist (hier: 10.08.2005) die Antragstellerin zu 2) zu beauftragen (vgl. Vergabevermerk der Vergabestelle vom 03.06.2005). Die Antragstellerin zu 1) sollte in diesem Verfahren ausgeschlossen werden. Es ist auffallend, dass die Vergabestelle nunmehr davon ausgeht, dass sich eine derartige Mengenerhöhung in der Position 6.3.160 einstellen soll, in der die Antragstellerin zu 1) den mit Abstand höchsten Einheitspreis angeboten hat. In einem Parallelverfahren trifft dies mit einer Mengenminderung bei der Antragstellerin zu 1) auf eine Position mit einem sehr niedrigen Einheitspreis zu.

Zu den Positionen 6.3.330 und 6.3.340 ist die Vergabestelle noch in ihrem Schriftsatz vom 06.04.2006 gegenüber der Antragstellerin zu 1) davon ausgegangen, dass die Bieter hier ihre Preise weder sicher noch vergleichbar kalkulieren konnten. In der mündlichen Verhandlung hat sie hieran jedoch nicht mehr festgehalten. Insoweit machte sie keine Unkalkulierbarkeit dieser Leistungen mehr geltend.

### 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 stellt insoweit 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). Hier von ist vorliegend aber nicht auszugehen. Die Vergabestelle selbst macht geltend,

dass sie an dem Bauvorhaben zum Neubau ... in dem eingangs erwähnten Streckenabschnitt, wenn auch ggf. mit geänderten Mengenvordersätzen und einer eingetretenen Zeitverschiebung, festhalten wolle. Dass 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 Hauptangebotes der Antragstellerin zu 2) 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