

## **Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

**- Antragstellerin -**

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

**- Antragsgegnerin und Vergabestelle -**

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen:

Aufhebung der Ausschreibung- Lieferung eines

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat und den ehrenamtlichen Beisitzer Baudirektor ohne mündliche Verhandlung am 1. Juni 2015 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von Euro festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb europaweit im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 23. März 2013 unter der Vergabe-Nummer 213/S 059-097606 die Lieferung im Offenen Verfahren aus.

Ausweislich der Auftragsbekanntmachung lag der geschätzte Wert des Hochwasserschutzsystems ohne Mehrwertsteuer bei Euro. Zuschlagskriterium sollte das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf den Preis mit einer Gewichtung von 40%, die Folgekosten mit einer Gewichtung von ebenfalls 40% und die Funktionalität mit einer Gewichtung von 20% sein. Nach der Leistungsbeschreibung beträgt die Vorwarnungszeit für das System 18 Stunden und es soll über eine Nutzungsdauer von 25 Jahren abgeschrieben werden. Zur Berechnung der Folgekosten, die ein Bewertungskriterium sind, werden für diesen Zeitraum 9 Einsätze des Systems zugrundegelegt. Eine Kombination von Schutzsystemen ist nicht gewollt und führt zum Ausschluss des jeweiligen Angebotes. Darüber hinaus werden Systeme ausgeschlossen, die einen Eingriff in Bauwerke oder den Boden erfordern, zum Beispiel Bodenhülsen, Anker, festverankerte Betonsteile, Erdnägel und anderes sind für die vorgesehenen Zwecke nicht geeignet (Blatt 93 der Vergabeakte). Des Weiteren enthält die Leistungsbeschreibung Angaben zu den Bewertungskriterien (Blatt 95 der Vergabeakte). Hinsichtlich der Folgekosten wird auf die beigefügte Check-Liste verwiesen. Die Berechnung der Folgekosten erfolgt nach der Leistungsbeschreibung durch den Auftraggeber aufgrund der Angaben in der Check-Liste. Hinsichtlich der Funktionalität sind weitere Unterkriterien mit der entsprechenden

prozentualen Gewichtung aufgeführt. Die eigentliche Beschreibung des erfolgt unter den Positionen 1 bis 2.8 (Blatt 96 bis 101 der Vergabeakte). Danach muss das System unter Ziffer 1.5 bei Temperaturen von minus 15° bis plus 30° C standfest bleiben und die Dichtigkeit gegenüber dem Untergrund und anderen Bauwerken sowie anderen Hochwasserschutzsystemen gemäß den Punkten 1.6 und 1.7 (der Leistungsbeschreibung) gewährleisten. Nach Ziffer 1.6 muss das System mindestens auf folgenden Untergründen dicht abschließend aufgebaut werden können: Asphalt, Beton, Pflaster, unbefestigte Wege. Nach Ziffer 1.7 muss das System dicht abschließend an bestehende Bauwerke oder stationierte angeschlossen werden können. Der Standsicherheitsnachweis ist lediglich für die unter der Position 2.7 genannten Bedingungen gefordert. Angaben der Bieter zur Standsicherheit ihres Systems auch bei feuchten, gefrorenen und glatten Untergründen werden in der Leistungsbeschreibung nicht gefordert.

Die Antragstellerin beteiligte sich an dem Vergabeverfahren. Über die Vergabe entscheidet bei der Antragsgegnerin die Magistratsvergabekommission. Die Federführung der Ausschreibung des hatte die Branddirektion der Antragsgegnerin. Der Leiter der Branddirektion entwickelte maßgeblich das von der Antragstellerin im Rahmen dieser Ausschreibung angebotene Ausweislich eines Zeitungsartikels in der vom 14. Januar 2011 hat dieser gemeinsam mit seinem Vater und dessen Freund fünf Jahre über das System der Antragstellerin nachgedacht und es ausprobiert. Der Produktname der Antragstellerin setzt sich aus den ersten beiden Silben der Nachnamen der vorgenannten Entwickler zusammen. Dieses ließ der Leiter der Branddirektion auch über die Antragstellerin anbieten. Für seine Tätigkeit bei der Antragstellerin erhielt der Leiter der Branddirektion von der Antragsgegnerin eine Nebentätigkeitsgenehmigung. In dem Begleitschreiben zu dieser Nebentätigkeitsgenehmigung wies die Antragsgegnerin ausdrücklich darauf hin, dass eine entsprechende Ausschreibung nicht von der Branddirektion bzw. zumindest nur unter Einschaltung Dritter durchgeführt werden sollte. Diese Kenntnis hatten die Mitarbeiter der Branddirektion jedoch nicht, weshalb diese die vorliegende Ausschreibung alleine bzw. unter Federführung des stellvertretenden Amtsleiters der Branddirektion durchführten. Der Leiter der Branddirektion hat die Vorgaben der Antragsgegnerin weder in der Branddirektion mitgeteilt noch stellte er eine entsprechende Dokumentation in der Vergabeakte sicher. Ebenso wurde von der Branddirektion kein Dritter eingeschaltete.

Neben der Antragstellerin beteiligten sich vier weitere Bieter an der Ausschreibung. Die eingegangenen Angebote lagen innerhalb einer Bruttopreisspanne von Euro bis Euro, wobei das niedrigste Angebot aus formalen Gründen bereits nicht gewertet werden konnte.

In der Folgezeit gab es zwischen der federführenden Branddirektion, der Magistratsvergabekommission und dem Rechtsamt, das während des laufenden Vergabeverfahrens

die Einschaltung eines externen Sachverständigen forderte, intensive und widersprüchliche Prüfungen hinsichtlich der Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung. Insbesondere die Position 1.6 des Leistungsverzeichnisses hinsichtlich der Verwendbarkeit des

auf unterschiedlichen Untergründen wurde nach Auffassung der Magistratsvergabekommission als auch des Rechtsamtes nicht ausreichend beschrieben. Aufgrund der späten Einschaltung eines externen Gutachters stellte sich heraus, dass eine weitere Aufklärung der Angebote erforderlich war. Der Sachverständige kam auch zu dem Ergebnis, dass ein Sicherheitsnachweis bei glitschigem und schrägem Untergrund nicht gegeben sei. Nach seiner Auffassung müssten hier ausdrücklich Erdanker bei allen angebotenen Systemen zum Einsatz kommen, um diese rutschfest anzubringen. Dies hatte die Antragsgegnerin jedoch aufgrund der Leistungsbeschreibung ausdrücklich nicht vorgesehen und als einen Ausschlussgrund für die eingereichten Angebote formuliert. In der Folgezeit wurde nur mit der Antragstellerin ein Aufklärungsgespräch geführt, mit einem anderen Bieter erfolgte die Aufklärung lediglich schriftlich. Allerdings erfolgte diese Aufklärung der Angebote erst zu einem sehr späten Zeitpunkt im Vergabeverfahren und war letztendlich auf die Forderung des Rechtsamtes der Antragsgegnerin zurückzuführen. Die Aufklärung anderer Angebote erfolgte nicht in der ausreichenden Form. Die Folgekosten, die ein Zuschlagskriterium waren, berechnete die Branddirektion ausschließlich für die Antragstellerin.

Neben der Frage der Vergleichbarkeit der Angebote wegen nicht eindeutiger Leistungsbeschreibung, der fehlenden bzw. ungenügenden Aufklärung des Angebotes einer weiteren Bieterin, hatte das Rechtsamt der Antragsgegnerin auch ausdrücklich auf die fehlende Kenntlichmachung der persönlichen bzw. wirtschaftlichen Nähe des Amtleiters der Branddirektion zu der Antragstellerin in den Vergabeunterlagen hingewiesen und es für unverzichtbar gehalten, in einer solchen Fallkonstellation ein besonderes Augenmerk auf eine transparente und diskriminierungsfreie Entscheidungsfindung zu legen.

Die mit der Ausschreibung befasste Branddirektion der Antragsgegnerin kam trotz aller Einwände und Bedenken nach wie vor in ihren drei Vergabevorschlägen an die Magistratsvergabekommission jeweils zu dem Ergebnis, dass der Zuschlag ausschließlich auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen sei. Sie hielt weiterhin daran fest, dass die übrigen Bieter auszuschließen seien. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2014 teilte die Geschäftsstelle der Magistratsvergabekommission der Branddirektion schließlich mit, dass man nach mehrfachen intensiven Prüfungen zu dem Ergebnis gekommen sei, die Leistungsbeschreibung sei nicht hinreichend eindeutig, um im Sinne des § 8 EG Abs. 1 VOL/A vergleichbare Angebote zu erhalten. Insbesondere die Position des Leistungsverzeichnisses (hinsichtlich der Verwendbarkeit auf unterschiedlichen Untergründen) sei nicht eindeutig erschöpfend beschrieben. Zudem lägen die eingegangenen Angebote innerhalb einer Bruttopreisspanne von Euro bis Euro. Anhand des Spektrums der Bieterfolge sei daher davon auszugehen, dass die ausgeschriebene Leistung für die Bieter nicht kalkulierbar gewesen sei und deshalb kein wirtschaftliches Ausschreibungsergebnis erzielt werden konnte. Die Ausschreibung sei gemäß § 20

EG Abs. 1 lit. c) und lit. d) VOL/A aufgehoben worden. Das Leistungsverzeichnis müsse grundlegend geändert werden und danach sei ein erneutes Vergabeverfahren durchzuführen.

Mit Schreiben vom 15. Januar 2015 teilte die Branddirektion den Bietern lediglich mit, dass das Verfahren nach § 20 EG Abs. 1 lit. d) VOL/A aufgehoben werde. Weitere Auskünfte, so die Branddirektion, erteile die Geschäftsstelle der Magistratsvergabekommission. Mit Schreiben vom 20. Januar 2015 ergänzte die Branddirektion das Schreiben vom 15. Januar 2015 und teilte den Bietern mit, das Verfahren sei nach § 20 EG Abs. 1 lit. c) und lit. d) VOL/A, § 8 EG Abs. 1 VOL/A aufgehoben worden. Dass der Antragsgegner ein erneutes Vergabeverfahren durchführen werde, teilte die Branddirektion den Bietern nicht mit. Mit Schreiben vom 26. Januar 2015 teilte schließlich die Stadtkämmerei den Bietern mit, dass das Leistungsverzeichnis grundlegend geändert werden müsse und danach ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werde.

Schon mit Schreiben vom 9. Januar 2015 und in der Folgezeit mit weiteren Schreiben teilte die Antragstellerin der Antragsgegnerin mit, dass sie mit der Aufhebung der Ausschreibung nicht einverstanden sei. Mit Schreiben vom 25. Februar 2015 teilte die Bevollmächtigte der Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass eine grundlegende Änderung des Leistungsverzeichnisses erfolgen müsse. Die Antragsgegnerin habe insoweit mehrere fachtechnische Stellungnahmen eingeholt, insbesondere auch einen neutralen externen Gutachter bei der inhaltlichen Bewertung der Angebote einbezogen. Die fachtechnischen Stellungnahmen stünden teilweise in erheblichem Widerspruch zueinander. Insbesondere habe kein Konsens darüber erzielt werden können, welche Angebote überhaupt den Anforderungen der Leistungsbeschreibung entsprachen, auf welches Angebot also der Zuschlag erteilt werden könne. Diese technischen Unsicherheiten gingen insbesondere darauf zurück, dass im Rahmen des Leistungsverzeichnisses keine genauen Aussagen dazu getroffen worden seien, mit welchen Untergründen und Bodenverhältnissen zu rechnen sei. Es müsse ein neues Konzept erarbeitet werden, das die Abstimmung zahlreicher Fachämter erforderliche mache. Es sei daher ein neues Vergabeverfahren durchzuführen, in dem sämtliche Bieter nochmals die Möglichkeit gegeben werde, ein Angebot abzugeben. Darüber hinaus habe die Ausschreibung auch deswegen aufgehoben werden müssen, weil kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt werden könne. Der Ausschreibung habe ein geschätzter Auftragswert von Euro zugrunde gelegen. Die eingegangenen Angebote schwanken tatsächlich zwischen bis Euro. Das festgestellte Preis- Leistungsverhältnis unter Berücksichtigung der Angebots- und Folgekosten sei für die Antragsgegnerin bei keinem Angebot akzeptabel. Die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin sei an den Grundsatz der sparsamen Mittelverwendung gebunden. Hiergegen wandte die Antragstellerin sich erneut mit anwaltlichen Schreiben vom 27. Februar 2015. Die Antragstellerin rügte ausdrücklich die Aufhebung unter diesen genannten Aspekten als vergaberechtswidrig.



Die Antragstellerin beantragt zuletzt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Aufhebung der Ausschreibung aufzuheben,
2. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie trägt im Wesentlichen vor, die Leistungsbeschreibung sei nicht ordnungsgemäß erstellt worden. Dies sei im Rahmen des Vergabeverfahrens erst durch die Magistratsvergabekommission, welche bei der Antragsgegnerin über die Vergabe entscheidet, erst mit Einschaltung eines Gutachters festgestellt worden. So sei beispielsweise die Vorlage eines Standsicherheitsnachweises lediglich im Hinblick auf die in der Fußnote unter den Positionen 2.7 genannten Bedingungen gefordert. Die Frage der Standsicherheit bei feuchten und gefrorenen und glatten Untergründen sei hingegen nicht gefordert worden. Vielmehr habe der externe Gutachter festgestellt, dass alle Systeme hier ausdrücklich mit Erdanker versehen werden müsste, die jedoch nach der Ausschreibung nicht zulässig seien und zum Ausschluss der Angebote führten. Die Aufhebung sei auch deswegen gerechtfertigt, weil sowohl im Rahmen der EU-Veröffentlichung als auch im Rahmen der Leistungsbeschreibung die Zuschlagskriterien nicht im Hinblick auf die sodann gewerteten Unterkriterien ordnungsgemäß angegeben worden seien und die Bewertung anhand weiterer Unterkriterien erfolgte, deren Zuordnung zu einzelnen Punkten wie Folgekosten und Funktionalität vollkommen unklar sei. Darüber hinaus sei das Vergabeverfahren intransparent und es fehle an der Gleichbehandlung einzelner Bieter. Bedauerlicherweise habe die Magistratsvergabekommission als auch das Rechtsamt der Antragsgegnerin bei der Prüfung vorgelegter Unterlagen feststellen müssen, dass die mit der Ausschreibung befasst Branddirektion der Antragsgegnerin kein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren eingehalten habe. So sei lediglich mit der Antragstellerin ein entsprechendes Aufklärungsgespräch hinsichtlich ihres Angebotes geführt worden. Die Aufklärung anderer Angebote habe nicht in ausreichender Form und vor allen Dingen nicht unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes stattgefunden. Die Aufklärung dieser Angebote sei erst zu einem späteren Zeitpunkt im Vergabeverfahren auf Veranlassung des Rechtsamtes erfolgt. Im Übrigen sei auch in diesem Zusammenhang festgestellt worden, dass eine Beteiligung der Antragstellerin an diesem Vergabeverfahren zu Unrecht zugelassen worden sei, obwohl hier von Anfang an ein Ausschluss der Antragstellerin hätte erfolgen müssen. Das von der Antragstellerin für den Einsatz vorgesehene System sei durch den Leiter der Branddirektion mitentwickelt worden. Im Übrigen habe dieser die Ausschreibung begleitet bzw. sei es nicht auszuschließen, dass er inhaltlich

Einfluss auf die Ausschreibung gehabt habe. Darüber hinaus habe die Ausschreibung aufgehoben werden müssen, weil kein der Ausschreibung entsprechendes Angebot eingegangen sei. Wie in der Leistungsbeschreibung gefordert, dürfe eine Verankerung des nicht erfolgen. Auch das Angebot der Antragstellerin entspreche nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung. Dies ergebe sich eindeutig aus dem extern vorgelegten Gutachten. In diesem werde darauf hingewiesen, dass das System der Antragstellerin bei einem Einsatz von minus 15° C, der vertraglich gefordert war, nicht tauglich sei, weil das Wasser, welches in die Zylinder gefüllt werde, gefriere und somit sowohl die Zylinder beschädigt als auch aufschwimme. Selbst wenn die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fortsetzen müsste, wäre der Antrag der Antragstellerin gleichwohl erfolglos, da diese keine Aussicht auf Zuschlagerteilung habe. Zum einen sei die Antragstellerin wegen der Verflechtungen des Leiters der Brandschutzdirektion zu ihr im Hinblick auf § 16 VgV zwangsläufig auszuschließen. Zum anderen habe die Antragstellerin selbst kein Angebot abgegeben, das der Leistungsbeschreibung entspreche. Wegen des Vortrages insoweit wird Bezug genommen auf den Schriftsatz vom 22. April 2015 und 11. Mai 2015.

Die Vergabekammer hat ohne mündliche Verhandlung entschieden. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie auf die Vergabeakten (2 Aktenordner ) Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (dazu A.), aber nicht begründet (dazu B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist eröffnet. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB. Der zu vergebende Auftrag ist auch ein öffentlicher Auftrag, § 99 GWB.
- II. Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB. Durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens kann ein Bieter in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein. Die Antragstellerin hat durch Abgabe ihres Angebotes ihr Interesse am Auftrag bekundet. Es ist auch nicht von vorneherein auszuschließen, dass die Antragstellerin durch ein eventuell vergaberechtswidriges Verhalten des Antragsgegners einen Schaden erleidet.((((((
- III. Die Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners hat die Antragstellerin rechtzeitig gerügt, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB.

B. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Vergabekammer kann es dahingestellt sein lassen, ob ein Grund zur Aufhe-



bung der Ausschreibung nach § 20 EG Abs. 1 VOL/A vorliegt ( dazu I.), denn selbst im Falle der Rechtswidrigkeit der Aufhebung und Zurückversetzung des Vergabeverfahrens wäre das Angebot der Antragstellerin zwingend wegen § 16 VgV auszuschließen, so dass diese keinen Schaden hätte (dazu II).

Nach Durchsicht der Vergabeakten spricht viel dafür, dass die Aufhebung der Ausschreibung durch § 20 EG Abs.1 lit. d) VOL/A gedeckt ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind bei der Prüfung eines zur Aufhebung berechtigten schwerwiegenden Grundes strenge Maßstäbe anzulegen. Ein zur Aufhebung der Ausschreibung Anlass gebendes Fehlverhalten der Vergabestelle kann danach schon deshalb nicht ohne weiteres genügen, weil diese es andernfalls in der Hand hätte, nach freier Entscheidung durch Verstöße gegen das Vergaberecht den bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bestehenden Bindungen zu entgehen. Dies wäre mit Sinn und Zweck des Vergabeverfahrens nicht zu vereinbaren. Berücksichtigungsfähig sind grundsätzlich nur Mängel, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrages selbst ausschließen.

Die Entscheidung, ob in einem rechtlichen Fehler des Vergabeverfahrens ein zur Aufhebung berechtigender schwerwiegender Grund liegt, kann nur nach einer Interessenabwägung auf Grundlage der Verhältnisse im Einzelfall getroffen werden. Ein Aufhebungsgrund ist zu bejahen, wenn einerseits der Fehler von so großem Gewicht ist, dass ein Festhalten des öffentlichen Auftraggebers an dem fehlerhaften Verfahren mit Gesetz und Recht schlechterdings nicht zu vereinbaren wäre, und andererseits von den an dem öffentlichen Ausschreibungsverfahren teilnehmenden Unternehmen, insbesondere auch mit Blick auf die Schwere des Fehlers, erwartet werden kann, dass sie auf die Bindung des Ausschreibenden an Recht und Gesetz Rücksicht nehmen (vgl. nur Weyandt iBr-online-Kommentar, Vergaberecht, § 17 VOL/A Rdnr. 78 mit weiteren Nachweisen). Die Pflicht des Auftraggebers zur Aufhebung ist danach dann gegeben, wenn ohne die Aufhebung die elementaren Grundprinzipien des öffentlichen Vergaberechtes Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung verletzt würden und eine Heilung der gravierenden Mängel im laufenden Verfahren nicht mehr möglich ist. Diese Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Aufhebung der Ausschreibung in derartigen Fällen ergibt sich aber auch schon aus Art. 20 Abs. 3 GG, denn die Bindung an Gesetz und Recht ist als Bindung an die Verfassung und an förmliche Gesetze zu verstehen, aber auch an alle anderen Rechtsvorschriften.

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes spricht schon der grobe Verstoß der Antragsgegnerin gegen § 16 VgV für einen schweren rechtlichen Mangel, denn allein dadurch wird gegen die tragenden Grundprinzipien des Vergaberechtes Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung verstoßen ( vgl Ganske in Reidt / Stickler / Glaß, Vergaberecht, 3. Aufl. § 16 VgV Rn. 56, 57 m.w.N. ). Die Vergabekammer kann es auch dahingestellt sein lassen, ob die in den Fällen des § 16 Abs. 1 Nr. 1

und 2 VgV vermutete Voreingenommenheit unwiderlegbar ( also ohne Entlastungsbeweis ) oder wie die Antragstellerin meint, widerlegbar ist. Jedenfalls hat der öffentliche Auftraggeber als Normadressat des § 16 VgV sicherzustellen, dass für ihn nur Personen tätig werden, deren Interessen weder mit denen eines Bieters noch mit den Interessen eines Beauftragten des Bieters verknüpft sind. Hat der öffentliche Auftraggeber eine Interessenkollision zwischen dem Auftraggeber und einem Bieter festgestellt, so ist er verpflichtet, bei der Vorbereitung und dem Erlass der Entscheidung über die Folgen des fraglichen Vergabeverfahrens mit aller Sorgfalt vorzugehen und die Entscheidung auf der Grundlage aller einschlägigen Informationen zu treffen. Diese Verpflichtung ergibt sich aus den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung, dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebot und dem Neutralitätsgebot ( Ganske, in Reidt / Stickler / Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl. § 16 VgV Rn. 6; Weyand, *ibr-online-Kommentar, Vergaberecht*, 16. Aktualisierung, § 16 VgV Rn. 65.5 ). Dieser Verpflichtung ist die Antragsgegnerin nicht nachgekommen. Der Leiter der Branddirektion hat es schuldhaft unterlassen, die von der Antragsgegnerin im Falle eines Vergabeverfahrens geforderten Vorgaben umzusetzen. Die Antragsgegnerin kann, wie sie einräumt, nicht entkräften, dass eine Beteiligung des Leiters der Branddirektion am Vergabeverfahren sicher auszuschließen ist, da es diesbezüglich auch an einer entsprechenden Dokumentation in den Vergabeakten fehlt. Dieser gravierende Verstoß gegen § 16 VgV ist im vorliegenden Fall auch nicht mehr zu heilen, denn dem Neutralitätsgebot und den elementaren Grundprinzipien des Vergaberechtes kann nur durch Einhaltung der von der Antragsgegnerin selbst aufgestellten Vorgaben Rechnung getragen werden.

Darüber hinaus dürften die von der Antragsgegnerin angeführten weiteren Gründe, wie die unzureichende Beschreibung des im Rahmen der Leistungsbeschreibung, die erfolgte Bewertung anhand weiterer Unterkriterien, deren Zuordnung zu den einzelnen Punkten wie Folgekosten und Funktionalität nicht nachvollziehbar ist und die unterbliebene Berechnung der Folgekosten eines weiteren Bieters sowie das Fehlen ausschreibungskonformer Angebote und der Kostenaspekt des der die Erwartungen der Antragsgegnerin bei weiterem übersteigt, so schwer wiegen, dass diese letztendlich die Antragsgegnerin verpflichten, die Ausschreibung aufzuheben, da sie ansonsten auch hierdurch gegen die bereits oben erwähnten elementaren Grundprinzipien des Vergaberechtes verstoßen würde.

Die Antragsgegnerin hätte auch das ihr zustehende Ermessen nach § 20 EG Abs.1 VOL/A ordnungsgemäß ausgeübt. Zum einen hat die Antragsgegnerin die Gründe für die Aufhebungsentscheidung ausreichend dokumentiert und zum anderen auch die Interessen der Beteiligten gegeneinander abgewogen. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin wären die entsprechenden Erwägungen auch im Nachprüfungsverfahren nachzuholen und zu dokumentieren gewesen, wobei der Dokumentationspflicht genügt ist, wenn dies in anwaltlichen Schriftsätzen erfolgt (vgl. nur OLG Celle, Beschluss vom 13.11. 2011- 13 Verg 15/10 m.w.N.). Auch insoweit

ist der Vortrag der Antragsgegnerin für eine fehlerfreie Ermessensentscheidung schlüssig und ausreichend. Im Übrigen hat die Antragstellerin erkannt, dass vorliegend wegen des gravierenden Verstoßes gegen § 16 VgV und der weiteren schwer wiegenden Einzeltatsachen eine Ermessenreduzierung auf Null vorliegt und mithin die Verpflichtung zur Aufhebung der Ausschreibung bestand.

Selbst bei unterstellter Rechtswidrigkeit der Aufhebung und Zurückversetzung des Vergabeverfahrens wäre die Antragstellerin wegen § 16 VgV von dem Vergabeverfahren auszuschließen und sie hätte somit keinen Schaden. In der vorliegenden Konstellation wäre dies als ultima ratio sachgerecht, da sich die Ziele des § 16 VgV nicht durch andere, bezogen auf die Antragstellerin „mildere“ Mittel erreichen lassen (vgl. hierzu Ganske, in Reidt / Stickler / Glaß, Vergaberecht, 3. Aufl. § 16 VgV Rn. 57 auch m.w.N.).

Darüber hinaus käme ein Ausschluss der Antragstellerin aber auch deshalb in Betracht, weil **das Angebot der Antragstellerin nicht der Ausschreibung entspricht? Beschaffungsabsicht?**

- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin im Verfahren unterlegen ist, trägt sie die Kosten (§ 128 Abs. 3 GWB).
  - II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus dem von der Antragstellerin angebotenen Bruttoauftragswert ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von € . sodass eine Gebühr in dieser Höhe festzusetzen war, § 128 Abs. 2 S. 1 GWB.
  - III. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin, § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin ist angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu erklärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,  
- Vergabesenat -Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Roth  
Vorsitzende

Zwach  
Ehrenamtlicher Beisitzer

Markus Schwarz  
Hauptamtlicher Beisitzer