

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen

Vergabeverfahrens, [REDACTED],  
[REDACTED]

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Schwarz und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Januar 2015 am 28. Januar 2015 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] Euro festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

### Gründe:

#### I

Das Land Hessen als Antragsgegner und Vergabestelle schrieb mit Vergabebekanntmachung vom 10. Oktober 2014 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Vergabe- Nummer: [REDACTED] den Neubau von [REDACTED] [REDACTED] (BW 1a und BW 4a) im Zuge der [REDACTED] im Offenen Verfahren aus. Zur Durchführung des Auftrages sind umfangreiche Erd- und Betonarbeiten auszuführen und neue Oberbauschichten aus Asphalt herzustellen. Bestandteil der Vergabeunterlagen war unter anderem ein Langtextleistungsverzeichnis (Blatt 1.166 bis 1.230 der Vergabeakte), ein Kurztextleistungsverzeichnis (Blatt 1.498 bis 1.525 der Vergabeakte) sowie ein Instandhaltungsvertrag für Lichtsignalanlagen mit folgenden Anlagen:

- Anlage 1: Kostenblatt für die Instandhaltung;
- Anlage 2: Leistungsbeschreibung;
- Anlage 3: Instandhaltungsbericht;
- Anlage 4: Kostenblatt für Aufwendungen;
- Anlage 5: Kostenblatt für Stundenlohnarbeiten.

Auf Seite 36 der Leistungsbeschreibung (Blatt 1.149 der Vergabeakte) finden sich Ausführungen zur Instandhaltung von Lichtsignalanlagen. Danach ist die Instandhaltung gemäß dem gesonderten Instandhaltungsvertrag für Signalanlagen auszuführen. Weiter heißt es, „[...] das Blankett des entsprechenden Instandhaltungsvertrages einschließlich Anlagen ist Bestandteil der sonstigen Anlagen zur Leistungsbeschreibung. Mit dem Angebot ist dieser Instandhaltungsvertrag ausgefüllt einzureichen [...]“

Position 04.11.0340 des Langtextleistungsverzeichnisses lautet wie folgt:

**„Instandhaltung monatlich durchf** - Instandhaltung der Anlage durchführen. Instandhaltung gemäß Instandhaltungsvertrag. [...]“

Anzugeben waren Einheitspreise sowie der Gesamtbetrag in Euro (Blatt 1.230 der Vergabeakte). Auf Seite 1 der Leistungsbeschreibung „Kurzfassung“ (Blatt 1.497 der Vergabeakte) sind die Anlagen angekreuzt, die der Leistungsbeschreibung beizufügen sind. Ausdrücklich genannt werden:

- Instandhaltungsvertrag für Lichtsignalanlagen;
- Anlagen zum Instandhaltungsvertrag LSA.

§ 3 des Instandhaltungsvertrages (Blatt 1.529 der Vergabeakte) hat folgenden Inhalt:

### § 3 „Leistungen des Auftragnehmers

#### (1) Inspektion und Wartung

Hierunter fallen alle Arbeiten zur Inspektion und Wartung, die in der Leistungsbeschreibung (Anlage 2) aufgeführt sind. Bei Verwendung von Anlagenteilen (z.B. unbrauchbar gewordene Teile), die nicht vom Anlagenhersteller (z.B. des Steuergerätes) bezogen werden, ist die Kompatibilität sicherzustellen. Bestandteile der Leistung sind:

1. Die nach DIN VDE 0832 vorzunehmende Prüfung: Sie ist innerhalb der vorgegebenen Zeiträume auszuführen, die Prüfungsabstände für die einzelnen Lichtsignalanlagen sind einzuhalten. Der Umfang der jeweils in den vorgeschriebenen Abständen ausgeführten Leistungen ist in einem Instandhaltungsbericht nach § 4 Abs. 8 festzuhalten. Hiervon ausgenommen sind Tragwerke, welche einer Überprüfung nach DIN 1076 unterliegen.
2. Das Überwachen des Oberflächenschutzes: Dies betrifft alle Anlagenteile (z.B. Signalgeber, Maste, Steuerschränke). Die Erhaltung des Oberflächenschutzes ist nicht Bestandteil dieses Instandhaltungsvertrages.
3. Die Umstellung von Sommer- auf Normalzeit und umgekehrt: Sie hat gemäß der Leistungsbeschreibung (Anlage 2) zu erfolgen.
4. Die Sicherung der Arbeitsstelle: Sie erfolgt gemäß den Richtlinien für die Sicherung von Arbeitsstellen an Straßen - RSA - in der jeweils gültigen Fassung, sofern nichts anderes angeordnet ist.

#### (2) Instandsetzung

Die Instandsetzung umfasst folgende Arbeiten:

- 1a. Das Beseitigen von Störungen, die trotz ordnungsgemäßen Betriebs der Lichtsignalanlagen aufgetreten sind.
- 1b. Das Beseitigen der durch **höhere** Gewalt (z.B. Orkanschäden; Blitzschlag ) aufgetretenen Schäden.

Die Leistungen gemäß Punkt 1a und 1b werden nicht gesondert vergütet.

2. Das Beseitigen der durch **äußere** Gewalt (z.B. Unfallschäden, Vandalismus) aufgetretenen Schäden.

Die Leistungen gemäß Punkt 2 sind auch Bestandteil des Instandhaltungsvertrages, werden jedoch gesondert vergütet. Dazu ist dem Auftraggeber ein Angebot mit einer detaillierten Kostenaufstellung auf Grundlage der Anlagen 4 und 5 vorzulegen.

#### (3) Verfahrensweise zu Punkt 1a, 1b und 2:

Zur Durchführung der Störungs- und Schadensbeseitigung meldet der Auftraggeber an eine von dem Auftragnehmer zu benennende Stelle Störungen und Schäden an den

Lichtsignalanlagen unter Angabe von Ort, Datum, Uhrzeit sowie Art der Störung oder des Schadens, soweit bekannt. Diese Angaben werden vom Auftraggeber in einem **Störungsbuch** festgehalten. Der Auftragnehmer leitet die Störungs- und Schadensbeseitigung **umgehend** ein und teilt notwendig werdende Betriebsunterbrechungen dem Auftraggeber mit. Der Auftragnehmer legt sämtliche an den Anlagen ausgeführten Arbeiten mit Datum und Uhrzeit des Bekanntwerdens und der Beseitigung der Störungen oder der Schäden in einem **Leistungs-Meldebuch** fest. Störungs- und Schadensbeseitigungen haben innerhalb der in den Kostenblättern für die Instandhaltung (Anlage 1) definierten Zeiträume zu erfolgen, wobei die Arbeiten binnen 3 Stunden nach Benachrichtigung zu beginnen haben.“

§ 5 des Instandhaltungsvertrages lautet wie folgt (Blatt 1.531 der Vergabeakte):

#### § 5 „Kosten

- (1) Die Höhe der Instandhaltungskosten richtet sich nach den in den Kostenblättern für die Instandhaltung (Anlage 1) angegebenen Kosten für die einzelnen Anlagenteile zuzüglich der zum Zeitpunkt der Zahlung jeweils gültigen Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer).
- (2) Mit den in der Anlage 1 vereinbarten Instandhaltungskosten sind alle Leistungen unter § 3 Abs. (1) bis (2) abgegolten, sofern dies im Einzelfall nicht anders festgelegt ist. Die Instandhaltungsberichte sind dem Auftraggeber dazu vorher rechtzeitig vorzulegen.
- (3) Dem Instandhaltungsvertrag sind die jeweils gültigen Verrechnungssätze für das Instandhaltungspersonal am Tage der Instandhaltungsübernahme zugrundezulegen. Die vereinbarten Preise werden ab dem Tag der Instandhaltungsübernahme vergütet. Im Monat der Übernahme bzw. des Vertragsendes erfolgt die Zahlung anteilig nach Betriebstagen mit 1/30 der monatlichen Instandhaltungskosten.
- (4) Der Rechnungsempfänger und Rechnungsadressat für alle Rechnungen ist: [...]“

Die dem Instandhaltungsvertrag beigefügte Anlage 1 „Kostenblatt für die Instandhaltung“ (Blatt 1.533 der Vergabeakte) beinhaltet unter anderem folgende Formulierung: „Die nachstehend angegebenen Kosten beziehen sich auf die gemäß § 3 des Instandhaltungsvertrages zu erbringenden Leistungen. Die Beseitigung von Störungen gemäß § 3 Abs. 2 Ziffer 1 und 2 ist, sofern nichts anders vereinbart, werktags innerhalb der üblichen Arbeitszeit (8:00 Uhr bis 16:00 Uhr) vorzunehmen.“

Anlage 2 „Leistungsbeschreibung“ (Blatt 1.535 der Vergabeakte) enthält unter anderem folgende Formulierung: „Die nachstehenden Tätigkeiten beziehen sich auf das Erbringen der Leistungen gemäß § 3 Abs. 1 des Instandhaltungsvertrages vom [...]“.

Anlage 3 des Instandhaltungsvertrages „Instandhaltungsbericht“ (Blatt 1.537 der Vergabeakte) beinhaltet die gleiche oben stehende Formulierung wie in der Leistungsbeschreibung.

Anlage 4 des Instandhaltungsvertrages (Blatt 1540, 1541 der Vergabeakte) stellt einen Vertragsentwurf zwischen dem Antragsgegner und dem zu bezuschlagenden dar. Neben Angaben zum Bieter sowie zur Betreiber der Lichtsignalanlage waren - gekennzeichnet durch gepunktete Linien - folgende Preisangaben zu machen:

- Lohnkostenpauschale einschließlich aller Zuschläge für Hin- und Rückfahrt zur / von der Einsatzstelle zur Beseitigung einer Störung außerhalb der Wartungsintervalle nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 und für Leistungen nach § 4 Abs. 2 für den Fahrer des Einsatzwagens;
- Lohnkostenpauschale einschließlich aller Zuschläge für Hin- und Rückfahrt zur / von der Einsatzstelle zur Beseitigung einer Störung außerhalb der Wartungsintervalle nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 und für Leistungen nach § 4 Abs. 2 für eine weitere Arbeitskraft in begründeten Fällen:
- Kostenpauschale eines Einsatzwagens einschließlich Vorhaltung, Reparatur und Betriebsstoffkosten sowie sämtliche Zuschläge (ohne Fahrer) für jeden Einsatz;
- Kostenpauschale für die Übernachtung am Ort des Einsatzes (in begründeten Fällen) für eine Person.

In Anlage 5 des Instandhaltungsvertrages, die ebenfalls als Vertragsentwurf zwischen dem Antragsgegner und dem zu bezuschlagenden Bieter ausgestaltet ist, waren - ebenfalls durch gepunktete Linien gekennzeichnet - die Verrechnungssatzen, differenziert nach Werk-, Sam-, Sonn- und Feiertagen sowie jeweils nach Tageszeiten, anzugeben.

Die Antragstellerin reichte ihr Angebot am 10. November 2014 ein. Die Position 04.11.034.0 des Langtextleistungsverzeichnisses füllte die Antragstellerin aus. Darin gab sie einen monatlichen Preis von [REDACTED] € an, woraus sich ein Positionspreis von [REDACTED] € ergab. Mit ihrem Angebot reichte sie auch den Instandhaltungsvertrag nebst dessen Anlage 1 (Kostenblatt für die Instandhaltung), welches sie auch ausgefüllt hat, ein. Die Anlagen 4 und 5 füllte sie nicht aus.

Mit Telefax- Schreiben vom 18. November 2014, das der Antragstellerin am gleichen Tag zuzuging, teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, ihr Angebot sei gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) VOB/A vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, da die Kostenblätter des Instandhaltungsvertrages nicht vollständig ausgefüllt mit dem Angebot eingereicht worden seien.

Mit Schreiben vom 20. November 2014 rügte die Antragstellerin ihren Ausschluss. § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) VOB/A komme nicht in Betracht, da diese Vorschrift bei fehlenden Preisangaben nicht einschlägig sei. Auch lägen die Voraussetzungen des § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A nicht vor, da die Instandhaltung der Lichtsignalanlage unter Position 04.11.0340 vollständig bepreist sei und weitere Preisangaben für die Instandhaltungsleistung daher weder gefordert noch erforderlich gewesen seien. Auch könne das Fehlen von Preisangaben nur dann zum Angebotsausschluss führen, wenn die fehlenden Preisangaben irgendeine wettbewerbliche Relevanz aufwiesen.

Mit Telefax-Schreiben vom 21. November 2014, das der Antragstellerin am 24. November 2014 zuging, wies der Antragsgegner die Rüge zurück und rechtfertigte den Ausschluss gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A. Alle Anlagen des Instandhaltungsvertrages seien vollständig ausgefüllt vorzulegen gewesen.

In einer Mitteilung über die E-Vergabeplattform vom 28. November 2014, der Antragstellerin zugegangen am 1. Dezember 2014, informierte der Antragsgegner darüber, dass das Vergabeverfahren gemäß § 17 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aufgehoben worden sei, da keine Angebote eingegangen seien, die den Ausschreibungsbedingungen entsprochen hätten. Es sei daher beabsichtigt, mit einer zeitnahen Bekanntmachung ein neues Vergabeverfahren einzuleiten.

Mit Schreiben vom 2. Dezember 2014 rügte die Antragstellerin ergänzend die Aufhebung des Vergabeverfahrens. Der Antragsgegner reagierte auf dieses Rügeschreiben nicht.

Mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2014 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, ein vollständiges Angebot abgegeben zu haben. Die Preisangabe bei Position 04.11.0340 des Langtextleistungsverzeichnisses sei umfassend und beziehe sich gemäß der Positionsbeschreibung auf alle nach dem Instandhaltungsvertrag geforderten Instandhaltungsleistungen. Es sei auch nicht so, dass in den Anlagen 4 und 5 des Instandhaltungsvertrages zusätzliche Preisangaben für Einzelleistungen neben einer monatlichen Instandsetzungspauschale für Lichtsignalanlagen vorzunehmen gewesen wären. Aus § 5 Abs. 2 des Instandhaltungsvertrages ergebe sich, dass eine solche gesonderte Vergütung der Beseitigung von Schäden beruhend auf äußerer Gewalteinwirkung nur dann erfolge, wenn die Parteien dies im Einzelfall festgelegt hätten. Ansonsten sollten sämtliche Leistungen unter § 3 Abs. 1 bis 2 mit der Instandhaltungspauschale gemäß Anlage 1 des Instandhaltungsvertrages abgegolten sein. Im Übrigen komme ein Ausschluss nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A nur in Betracht, wenn die fehlende Preisangabe irgendeine wettbewerbliche Relevanz habe, was vorliegend nicht der Fall sei. Abgesehen davon sei § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A verfassungswidrig, da ein Verstoß gegen Artikel 3 GG vorliege. Während nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen unter bestimmten Voraussetzungen auch das Fehlen mehrerer Preisangaben nicht zum Ausschluss führe, gelte dies nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A nur beim Fehlen eines einzigen Preises. Für diese Differenzierung fehle ein sachlicher Grund.

Die Antragstellerin beantragt,

- I. den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren AC 12240106-2 bei fortbestehender Vergabeabsicht nicht anders als durch Erteilung des Zuschlages zu beenden;
- II. den Antragsgegner zu verpflichten, die Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten.

Der Antragsgegner beantragt,  
den Antrag abzulehnen.

Er ist der Auffassung, das Angebot der Antragstellerin habe zwingend nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A ausgeschlossen werden müssen. Unstreitig habe die Antragstellerin die Anlagen 4 und 5 zu dem Instandhaltungsvertrag für Lichtsignalanlagen nicht ausgefüllt. Bei diesen handele es sich um Preise. Zu Anlage 4 seien insgesamt 4 Preise anzugeben gewesen, zu Anlage 5 insgesamt 6 Preise. Diese fehlten. Der Antragsgegner habe in den Vergabeunterlagen klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass der Instandhaltungsvertrag nebst Anlagen auszufüllen und dem Angebot beizufügen war. Richtig sei lediglich, dass die Preisangaben in den Anlagen 4 und 5 des Instandhaltungsvertrages für die Wertung der Angebote keine Rolle spielten. Dies ändere jedoch nichts daran, dass es sich um „Preise“, im Sinne eines Entgelts für die zu beauftragende Leistung handele. Die Positionen in Anlage 4 und 5 des Instandhaltungsvertrages seien Bedarfspositionen vergleichbar. Auch bei Eventual- und Bedarfspositionen handele es sich jedoch um „Preise“ im Sinne des § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Auch liege die Ausnahme nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c.) 2. Hs. VOB/A nicht vor. Vorliegend fehlten 10 Preisangaben, so dass die Norm schon nach ihrem Wortlaut nicht greife.

Ferner habe der Antragsgegner jetzt festgestellt, dass eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen vorliege. Dies stelle einen Ausschlussgrund für das Angebot der Antragstellerin ergebe sich aus § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A. Das Angebotsanschreiben der Antragstellerin vom 10. November 2014 enthalte einen Zusatz, der sich nicht in den Vergabeunterlagen befinde. Eine Regelung zur Umsatzsteuerschuld findet sich in Ziffer 13.3 ZVB/E-StB, die Teil der Vergabeunterlagen bildeten. Der Zusatz in dem Anschreiben der Antragstellerin könne dahin verstanden werden, dass sie bezüglich der Schlussrechnung von der Vorgabe in der vorgenannten Ziffer abweichen wolle. Anstelle des Zeitpunktes des Bewirkens der Leistung solle auf den Tag der Entstehung der Umsatzschuld abgestellt werden.

Darüber hinaus habe sich ein weiterer zwingender Ausschlussgrund ergeben. Vorliegend verstoße der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft gegen § 1 GWB, so dass das Angebot zwingend nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A von der Wertung auszuschließen sei.

Mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2014 beantragte die Antragstellerin die Anordnung von Maßnahmen nach § 115 Abs. 3 GWB. Der Antragsgegner erklärte daraufhin mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2014, dass er den Zuschlag im Vergabeverfahren mit der Bekanntmachung vom 9. Dezember 2014 nicht erteilen werde, solange ein Zuschlagsverbot in dem vorliegenden Vergabenachprüfungsverfahren gemäß § 115 Abs. 1 GWB bzw. § 118 Abs. 3 oder § 118 Abs. 1 GWB bestehe.

Die mündliche Verhandlung hat am 13. Januar 2015 stattgefunden. 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 (Blatt 1 bis 4.148) Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist bereits teilweise unzulässig (dazu A.), soweit zulässig, ist er unbegründet (dazu B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist wohl nur teilweise zulässig.

- I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist eröffnet. Bei dem Antragsgegner 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 nur im Hinblick auf ihre Rüge der Rechtswidrigkeit ihres Ausschlusses und der Aufhebung des Vergabeverfahrens im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB (dazu 1.) antragsbefugt. Dagegen fehlt ihr die Antragsbefugnis wohl, soweit sie beantragt, den Antragsgegner bei Fortbestehen der Vergabeabsicht zu verpflichten, das Vergabeverfahren nicht anders als durch Zuschlag zu beenden (dazu 2.).
  1. Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB, soweit sie ihren Ausschluss und die Aufhebung des Vergabeverfahrens für vergaberechtswidrig hält. Insoweit kann ein Bieter in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein. Es ist dann auch nicht von vornherein auszuschließen, dass die Antragstellerin durch ein eventuell vergaberechtswidriges Verhalten des Antragsgegners einen Schaden erleidet.
  2. Es kann vorliegend dahinstehen, ob der Antragstellerin - soweit sie die Verpflichtung der Beendigung des Vergabeverfahrens nicht anders als durch Zuschlagserteilung begehrt - die Antragsbefugnis fehlt.
    - a) Zum Einen wird insoweit vertreten, die Antragstellerin habe - auch bei fortbestehender Beschaffungsabsicht - vergaberechtlich keinen Anspruch auf den Abschluss eines Vertrages. Ein Kontrahierungszwang bestehe für den Antragsgegner nicht, und zwar auch dann nicht, wenn sich die beanstandete Aufhebungsentscheidung im Ergebnis als nicht vergaberechtskonform erweisen sollte. Die Vergabestelle könne von ihrer Beschaffungsabsicht Abstand nehmen, das Vergabeverfahren aus einem anderen wichtigen Grund im Sinne des § 17 EG Abs. 1 VOB/A aufheben oder die Bieter auf Schadensersatzansprüche aus den §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 280 BGB verweisen. Aus der Regelung des § 17 EG VOB/A könne hingegen nicht im Umkehrschluss hergeleitet werden, dass der Ausschreibende bei Fehlen



eines solchen Grundes stets zur Erteilung des Auftrages verpflichtet wäre. Eine solche ausdrückliche Regelung finde sich zum einen nicht in den Vergabe- und Vertragsordnungen und könne dieser zum anderen auch nicht durch Auslegung entnommen werden.

- b) Das Oberlandesgericht München (Beschluss vom 4. April 2013 - Verg 4/13 - juris, RdNr. 50) vertritt eine hiervon abweichende Auffassung. Das Gericht führt aus: „Es trifft zwar zu, dass wegen der Vertragsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers auch eine rechtswidrige, also nicht durch einen Aufhebungsgrund gedeckte, oder eine vom Auftraggeber verschuldete Aufhebung wirksam sein (vgl. hierzu OLG München vom 28. August 2012 - Verg 11/12; BGH vom 20. November 2012 - X ZR 108/10) und der öffentliche Auftraggeber sich auf die Leistung von Schadensersatz zurückziehen kann. Der Entscheidung des OLG München vom 28. August 2012 - und soweit aus dem veröffentlichten Sachverhalt ersichtlich auch der Entscheidung des BGH vom 20. November 2012 - lag aber eine Fallkonstellation zugrunde, in welcher die Wirksamkeit der Aufhebungsentscheidung von den Verfahrensbeteiligten nicht angegriffen worden ist. Hier hat die Antragstellerin aber die Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners als vergaberechtswidrig gerügt und deren Wirksamkeit in Frage gestellt. Zudem will der Antragsgegner nach wie vor die Beschaffungsmaßnahme durchführen und weder vollständig noch zeitweise auf die Baumaßnahme verzichten. Auf die Frage, ob eine wirksame Aufhebung (wenn auch rechtswidrig oder selbst verschuldet) den Wegfall der Beschaffungsabsicht voraussetzt, kam es daher nicht an. Jedenfalls ist eine unwirksame Aufhebung nicht auf die Fälle beschränkt, in welchen die Aufhebung nur zum Schein erfolgt oder nur dem Zweck dient, einen Bieter zu diskriminieren. Dies würde den Primärrechtsschutz der Bieter zu sehr einschränken.
- III. Ihren Ausschluss und die Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners hat die Antragstellerin rechtzeitig gerügt, § 107 Abs.3 Satz 1 Nr.1 GWB.
- B. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, weil sowohl der Ausschluss der Antragstellerin nach § 16 EG Abs.1 Nr.1 lit. c) VOB/A (dazu I.) als auch die Aufhebungsentscheidung nach § 17 EG Abs. 1 Nr.1 VOB/A (dazu II.) rechtmäßig sind. Daher mussten weitere, von den Beteiligten aufgeworfene Rechtsfragen sowie der Antrag zu 2) der Antragstellerin nicht mehr behandelt werden (dazu III.).
- I. Das Angebot der Antragstellerin ist unvollständig, denn es enthält nicht die geforderten Preise gemäß § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (dazu 1). Auch greift § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) nicht, da nicht lediglich in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt (dazu 2). Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin ist deshalb rechtmäßig, weil die entsprechenden Vorgaben in den Vergabeunterlagen gemäß § 7 EG VOB/A eindeutig und erschöpfend beschrieben sind.

1. Danach hat der Auftraggeber die Verpflichtung, die Vergabeunterlagen so eindeutig zu formulieren, dass die Bieter nicht im Unklaren gelassen werden, welche Leistung von ihnen in welcher Form und unter welchen Bedingungen angeboten werden soll. Eine Leistungsbeschreibung ist dann eindeutig und vollständig, wenn sie Art und Umfang der geforderten Leistung mit allen dafür maßgebenden Bedingungen zur Ermittlung des Leistungsumfangs zweifelsfrei erkennen lässt, keine Widersprüche in sich, zu den Plänen oder zu anderen vertraglichen Regelungen enthält und alle für die Leistung spezifischen Bedingungen und Anforderungen darstellt (Oberlandesgericht Brandenburg, Beschluss vom 29. Januar 2013 - Verg W 8/12 - juris, RdNr. 79). Dies ist Voraussetzung einer exakten Preisermittlung sowie der Vergleichbarkeit der Angebote. Gegen diese Verpflichtung hat der Antragsgegner hier nicht verstoßen. Die Anlagen 4 und 5 des Instandhaltungsvertrages für Lichtsignalanlagen (Blatt 1.540 bis 1.542 der Vergabeakte) sind Bestandteil des Instandhaltungsvertrages und waren von den Bietern, somit auch von der Antragstellerin, unter Angabe der jeweiligen Preise ausgefüllt mit dem Angebot abzugeben. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Inhalt und Zweck des Instandhaltungsvertrages sowie den restlichen Vergabeunterlagen.
  - a) Einer Auslegung des Instandhaltungsvertrages und der übrigen Vergabeunterlagen bedarf es hierzu nicht. Voraussetzung der Auslegung ist die Auslegungsbedürftigkeit. Hat eine Erklärung nach Wortlaut und Zweck einen eindeutigen Inhalt, so ist für eine Auslegung kein Raum (Palandt / Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage 2012, § 113 RdNr. 6). So liegt der Fall auch hier. Zum einen ist der Wortlaut der Regelungen eindeutig. Dies ergibt sich bereits aus den Ausführungen auf Seite 36 der Leistungsbeschreibung, der Kurzfassung der Leistungsbeschreibung sowie den §§ 3 Abs. 2 und 5 des Instandhaltungsvertrages, den Kostenblättern selbst, die Bestandteil des Instandhaltungsvertrages sind, sowie aus den Anlagen 4 und 5 zum Instandhaltungsvertrag. Dem Wortlaut ist eindeutig zu entnehmen, dass der Instandhaltungsvertrag die Anlagen 4 und 5 mit umfasst, sowie dass diese auszufüllen und mithin Bestandteile des Angebotes sind. Zum anderen entspricht auch dieses am Wortlaut orientierte Verständnis dem Zweck. Es erscheint ohne Weiteres sinnvoll, dass der Antragsgegner weiß, was er außerhalb der mit der Position 04.11.0340 abgefragten monatlichen Instandhaltungskosten (Wartungskosten) möglicherweise zu zahlen hat, falls an den Lichtsignalanlagen - wie in den Angebotsunterlagen formuliert - durch äußere Gewalt Schäden entstehen. Für dieses Verständnis spricht schließlich auch, dass der Antragsgegner für den ordnungsgemäßen Betrieb der Lichtsignalanlage rechtlich einzustehen hat und daher auch zwangsläufig die Kosten für die Beseitigung von Schäden, die auf „äußere Gewalt“ zurückzuführen sind, einplanen muss.
  - b) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sind diese geforderten Angaben auch nicht durch die Position 04.11.0340 des Langtextleistungsverzeichnisses abgedeckt. Denn hieraus und aus den damit zusammenhängenden Anlagen 1, 2

und 3 des Instandhaltungsvertrages ergibt sich, dass damit nur die monatlichen Instandhaltungskosten, die der „normale“ Betrieb der Lichtsignalanlage mit sich bringt, umfasst sind. Im Übrigen hätte die Antragstellerin, wenn ihr dies so nicht verständlich gewesen wäre, diese vermeintliche „Unstimmigkeit“ während des Vergabeverfahrens rügen bzw. jedenfalls beim Auftraggeber nachfragen müssen. Dies hat sie jedoch nicht getan. Vielmehr hat sie die Anlagen 1 bis 3, nicht jedoch die Anlagen 4 und 5 ausgefüllt.

- c) Schließlich erscheint auch der Vortrag der Antragstellerin, das Nichtausfüllen der Anlagen 4 und 5 beruhe auf einer bewussten, auf einem Missverständnis der Vergabeunterlagen beruhenden Entscheidung, nicht glaubhaft. Nach dem Inhalt des Angebotes der Antragstellerin spricht vielmehr einiges dafür, dass der für Bearbeitung des den Instandhaltungsvertrages betreffenden Angebotes verantwortliche, von der Antragstellerin vorgesehene Nachunternehmer das Ausfüllen der Anlagen 4 und 5 schlicht übersehen hat.
2. Auch sind die in den Anlagen 4 und 5 geforderten Angaben – entgegen der Auffassung der Antragsstellerin – Preise im Sinne von § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A.
- a) Unter dem Begriff des Preises wird in der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen im Allgemeinen die Vergütung des Auftragnehmers in Geld verstanden (Schraner in: Ingenstau/Korbion, VOB, 18. Auflage 2012, § 2 RdNr. 44). Aus Anlage 4 des Instandhaltungsvertrages und dort den Nummern 1 und 2 ergibt sich eindeutig, dass der Antragsgegner hier das Entgelt für Leistungen abfragt, die im Zusammenhang mit der Beseitigung einer Störung außerhalb der monatlichen Wartungsintervalle durch äußere Gewalt zu erbringen sind. Hier sind die jeweiligen Beträge anzugeben, die für Fahrten und Übernachtungen anfallen. In Anlage 5 waren die zu erwartenden Stundenverrechnungssätze für die abgefragten Leistungen anzugeben. Aus § 3 Abs. 2 des Instandhaltungsvertrages ergibt sich, dass die dort angegebenen Leistungen und Gegenleistungen zwar Bestandteil des Instandhaltungsvertrages sind, jedoch gesondert vergütet werden. In § 5 Abs. 2 des Instandhaltungsvertrages wird nochmals darauf hingewiesen, dass die unter Abs. 2 gefassten Leistungen nicht von den in der Anlage 1 vereinbarten Instandhaltungskosten umfasst sind.
- b) Da es sich somit um geforderte Preise im Sinne des § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A handelt, sind es auch keine geforderten Erklärungen nach § 13 EG Abs. 1 Nr. 4 VOB/A und waren damit auch nicht von dem Antragsgegner nachzufordern.
- c) Darüber hinaus greift auch § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c). 2. HS VOB/A nicht, da die Antragstellerin nicht nur eine unwesentliche Preisposition, sondern gleich zehn in den Anlagen 4 und 5 des Instandhaltungsvertrages geforderte Preise nicht angegeben hat. Soweit die Antragstellerin meint, § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c), 2. HS VOB/A verstoße wegen der im Vergleich zur Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen unterschiedlichen Regelung desselben Sachverhalts gegen Art. 3

Abs. 1 GG, verkennt sie, dass sie - die Richtigkeit ihres Vortrages unterstellt - in diesem Fall noch schlechter stünde: Selbst wenn - was nicht der Fall ist - die erkennende Kammer erstens die Rechtsauffassung der Antragstellerin teilte und sie zweitens zu einer Nichtanwendung einer Norm mit Verordnungsrang befugt wäre, würde dies nicht zum Nichtausschluss des Angebotes der Antragstellerin führen. Die Antragstellerin scheint rechtsirrig davon auszugehen, dass die Kammer - ausgehend von der Verfassungswidrigkeit des § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c), 2. HS VOB/A - diese Regelung nicht nur unangewandt lassen, sondern zugleich den Regelungsgehalt des § 19 EG Abs. 2 Satz 2 VOL/A, der auch das Fehlen von mehreren Preisangaben sanktioniert, heranziehen müsse. Ein entsprechendes Vorgehen verstieße gegen das Gewaltenteilungsprinzip.

- II. Dass der Antragsgegner das Vergabeverfahren gemäß § 17 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aufgehoben hat, ist rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Nach den Vergabeunterlagen ist kein Angebot eingegangen, das den Ausschreibungsbedingungen entsprochen hat, auch dass der Antragstellerin nicht, wie oben ausgeführt. Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsgegner das ihm nach § 17 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A eingeräumte Ermessen nicht oder nicht fehlerfrei ausgeübt hat, liegen nicht vor.

Hierauf kommt es jedoch - angesichts des Vorliegens eines zwingenden Ausschlussgrundes zulasten der Antragstellerin - ebenfalls nicht mehr an. Selbst bei Rechtswidrigkeit der Aufhebung der Ausschreibung wäre ein Schaden der Antragstellerin ausgeschlossen. Da die Aufhebung der Ausschreibung rechtmäßig war und die Antragstellerin auch bei Rechtswidrigkeit der Aufhebung wegen des Vorliegens eines zwingenden Ausschlussgrundes keinen Schaden hätte, ergibt sich die Unbegründetheit des Antrags zu 2) der Antragstellerin automatisch.

- III. Da die Antragstellerin kein vollständiges Angebot abgegeben hat und somit zwingend auszuschließen war, kann auch die Frage offen bleiben, ob die Antragstellerin die Vergabeunterlagen geändert hat, indem sie in ihrem Angebotsanschreiben Ergänzungen hinsichtlich der Umsatzsteuerschuld vorgenommen hat.

Auch auf die von dem Antragsgegner aufgeworfene Frage, ob es sich bei der Antragstellerin um eine unzulässige Bietergemeinschaft nach § 1 GWB handelt, muss die Vergabekammer wegen des zwingenden Ausschlusses der Antragstellerin nicht eingehen. Gleichwohl sei auf folgendes hingewiesen: Zwar unterliegt die Bildung von Bietergemeinschaften keinem Generalverdacht einer Kartellrechtswidrigkeit. Nur in begründeten Einzelfällen kann dies so sein, jedoch ist es dann Aufgabe der Vergabestelle im Vergabeverfahren, von sich aus bei den Bietern die Gründe für die Bildung einer Bietergemeinschaft in Erfahrung zu bringen (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 17. Dezember 2014 - Verg 22/14 - juris, RdNr. 21 mit weiteren Nachweisen). Dies hat der Antragsgegner vorliegend unterlassen. Angesichts der anderslautenden Einlassung der Antragstellerin in der

mündlichen Verhandlung erlaubt sich die Vergabekammer allerdings folgende Bemerkung: Das Mitglied der Bietergemeinschaft, hier die Firma [REDACTED], führt in ihrem Unternehmensregister (Tag der Einstellung: 29. April 2014) auf Seite 3 aus, dass der Brückenbau durch die Übernahme eines renommierten Spezialanbieters als eigenständiger Geschäftsbereich der Unternehmensgruppe ausgebaut worden sei und die Brückenbauobjekte bundesweit betreue. Dadurch habe [REDACTED] ihr Leistungsspektrum als Generalanbieter weiter verbreitert. Komplexe Straßen- und Brückenbauprojekte, bei denen Über- und Unterführungen sowie Brücken immer häufiger zum Auftragsumfang zählten, könnten nunmehr aus einer Hand angeboten und ausgeführt werden. Dies verringere Reibungsverluste und erhöhe die Effizienz sowie die Wirtschaftlichkeit.

- 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 unterbreiteten Angebot ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrunde gelegt wird, eine Gebühr von [REDACTED] Euro, sodass eine Gebühr in dieser Höhe festzusetzen war, § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB.
  - III. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners, § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten des Antragsgegners war 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

Denz- Kinzel  
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Schwarz  
Hauptamtlicher Beisitzer