

## Leitsätze Vergabekammer Hessen:

**Spruchkörper:** 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

**Aktenzeichen:** 69 d – VK 59/ 2009

**Entscheidungsdatum:** 16.02.2010

**Entscheidungen OLG Frankfurt:**

- **Verlängerung der aufschiebenden Wirkung:** Ja ! Beschl. v. 04.06.2010 – 11 Verg 4/10
- **Entscheidung über sofortige Beschwerde:** Ja ! Beschl. v. 09.07.2010 – 11 Verg 5/10  
(Aufhebung der Entscheidung der Vergabekammer)

**Gegenstand der Entscheidung:** Trockenbauarbeiten – Klinikum (Erweiterungsbau und Sockelgeschoss)

**Art des Vergabeverfahrens:** Offenes Verfahren nach VOB/A

**Stichworte:** Vermutete Vergabeverstöße, Verdachtsrüge, Rügepräklusion, Darlegungslast, Dokumentation, Projektsteuerer

**Entscheidungserhebliche Normen:** **GWB:** §§ 107 Abs.2 S.1, Abs.3 S.1; 108 Abs.2

### Leitsätze:

1. Zur Wirksamkeit und Berücksichtigungsfähigkeit von Rüge und/ oder Vortrag im Nachprüfungsantrag ist ein Mindestmaß an Substantiierung notwendig; eine auf bloße Vermutungen und Spekulationen gestützte Sachdarstellung oder behauptete Rechtsverletzung ist unbeachtlich.
2. Vergaberechtsverstöße, die erst im Nachprüfungsverfahren bekannt werden, können sofort in das anhängige Verfahren eingebracht werden; einer vorherigen Rüge und Wartefrist bedarf es nicht (wie z.B. OLG Frankfurt, B. v. 08.12.2009 – 11 Verg 6/ 09).

**1. VERGABEKAMMER**  
**des Landes Hessen**  
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

**69 d · VK - 59/2009**



**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

der A

vertreten

durch die GeschäftsführerA

**Antragstellerin -**

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

das Land Hessen, vertreten durch das

-

**- Antragsgegner und Vergabestelle -**

Verfahrensbevollmächtigte:

Weitere Beteiligte:

BietergemeinschaftB

GmbH & Co KG &C

vertreten durch dieB

GmbH & Co KG

**- Beigeladene -**

Verfahrensbevollmächtigte:

Wegen

Trockenbauarbeiten für das Bauvorhaben Haus 3-6, THU -Bau-Erweiterungsbau und Sockelgeschosse des Klinikums , Los 1-3,  
Vergabe- Nr.                                  Maßnahme -Nr.                                  (Offenes Verfahren  
nach VOB/A/2)

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, die hauptamtliche Beisitzerin ROR' in Jensen-Löbl und den ehrenamtlichen Beisitzer RA Ernst auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 2010 am 16. Februar 2010 beschlossen:

- I.        Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
- II.       Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer in Höhe von 5.500 Euro.
- III.      Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung/Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
- IV.     Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigung durch den Antragsgegner war notwendig.

## **Gründe:**

### I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 10. September 2009 hat der Antragsgegner Trockenbauarbeiten für die Baumaßnahme „Klinikum

-Haus 23-6.THU-Bau-Erweiterungsbau und Sockelgeschosse“ in drei Losen im Offenen Verfahren ausgeschrieben.

Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Nebenangebote wurden zugelassen. Als Mindestanforderung verlangte der Antragsgegner im Formblatt 247 EG, dass die Nebenangebote „ quantitativ und qualitativ dem Planungs- und Konstruktionsanforderung der Leistungsbeschreibung entsprechen müssen.“

In den Bewerbungsbedingungen legte der Antragsgegner fest,

*" dass die Bietergemeinschaft mit ihrem Angebot eine von allen Mietgliedern unterzeichnete Erklärung abzugeben hat*

- *in der die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft im Auftragsfall erklärt ist,*
- *alle Mitglieder der Bietergemeinschaft aufgeführt sind und der für die Durchführung des Vertrags bevollmächtigte Vertreter zu bezeichnen ist,*
- *dass der bevollmächtigte Vertreter die Mitglieder gegenüber dem Auftraggeber rechtsverbindlich vertritt,*
- *dass alle Mitglieder als Gesamtschuldner haften.*

Die Antragstellerin gab ihr Angebot am 19. Oktober 2009 ab. An dem Vergabeverfahren beteiligten sich laut Submissionsprotokoll vom 22. Oktober 2009 zehn Bieter. Das Angebot der Antragstellerin für die drei Lose war das zweitgünstigste, das Angebot der Beigeladenen, bezeichnet als „**B** GmbH+ Co. KG“ war das erstplatzierte.

Mit am 2. Dezember 2009 übersandtem Schreiben, das am 4. Dezember 2009 bei der Antragstellerin einging, teilte der Antragsgegner der Antragstellerin gemäß § 101 a GWB mit, es sei beabsichtigt, den Zuschlag am 18. Dezember 2009 auf das Angebot der Bietergemeinschaft „BG **B** GmbH & Co. KG, “ zu erteilen. Die Bietergemeinschaft habe ein niedrigeres Hauptangebot abgegeben.

Die Antragstellerin rügte am 7. Dezember 2009 den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Bietergemeinschaft mit der Begründung, dieses Angebot sei aus formellen und aus inhaltlichen Gründen auszuschließen.

Die gemäß Ziffer 6.1 der Bewerbungsbedingungen erforderliche Bietergemeinschaftserklärung sei weder zur Angebotsabgabe noch vollständig abgegeben worden. Die rechtsgültigen Unterschriften würden in der Bietergemeinschaftserklärung fehlen. So sei nur Herr (**B**) bei der **B** GmbH & Co. KG alleinvertretungsberechtigt. Zudem sei das Angebot der Bietergemeinschaft nicht von allen Mitgliedern unterzeichnet worden, und es würden auch die am Ende der Kurz-Leistungsverzeichnisse verlangten rechtsgültigen Unterschriften der Bietergemeinschaft fehlen. Das Angebot der Bietergemeinschaft beinhalte keine ausreichenden Nachunternehmererklärungen, da die Nachunternehmer keine Verpflichtungserklärung gegenüber der Bietergemeinschaft abgegeben hätten.

Das Angebot der Bietergemeinschaft sei auch aus weiteren Gründen nicht vollständig, da bestimmte Leistungspositionen, die Schlosserleistungen betreffen, nur von einem Unternehmen ausgeführt werden könnten, das in der Handwerksrolle einge-

tragen worden sei. Da die Bietergemeinschaft solche Leistungen selbst nicht ausführen könne und dürfe, hätten diese nur von Nachunternehmer ausgeführt werden können. Ein entsprechender Nachunternehmereinsatz sei in dem Angebot der Bietergemeinschaft aber nicht vorgesehen worden.

Hinsichtlich weiterer Positionen des LV habe die Bietergemeinschaft zum einen nicht alle herstellerepezifischen Angaben gemacht, zum anderen nicht die ausgeschriebenen Produkte angeboten, und damit unzulässige Nebenangebote abgegeben. Die Nebenangebote seien auch nicht wertungsfähig, da die durch die Vergabestelle festgelegten Mindestanforderungen nur eine allgemeine Beschreibung beinhalten würden, und damit nicht ausreichend sein würden. Die Bietergemeinschaft habe letztlich ihre Nebenangebote nicht als solche gekennzeichnet.

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2009 antwortete der Antragsgegner, half der Rüge aber nicht ab.

Zur Begründung führte er aus, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Punkte spekulativ seien und nur auf Vermutungen ohne konkreten Hintergrund beruhen würden. So sei die Bietergemeinschaftserklärung bei Angebotsabgabe vollständig gewesen und rechtsverbindlich unterschrieben worden. Auch sei das Angebot von beiden Mitgliedern der Bietergemeinschaft an den entsprechenden Stellen unterschrieben worden. Die Nachunternehmererklärungen seien auf die Bietergemeinschaft ausgestellt worden. Die beanstandeten Leistungspositionen würden Ramm-schutzbekleidungen aus Stahl betreffen, für dessen Errichtung die Eintragung in der Handwerksrolle nicht erforderlich sei. Auch seien die Produktangaben durch die Beigeladene vollständig erbracht worden. Diese hätte auch keine Nebenangebote abgegeben, mit der Folge, dass das Angebot der Beigeladenen vollständig und wertbar sei.

Der Antragsgegner wies die Antragstellerin in dem Schreiben vom 10. Dezember 2009 ferner darauf hin, dass in den Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer die Angabe fehle, gegenüber welcher Firma sich diese verpflichteten. Dies führe zur Unvollständigkeit des Angebotes der Antragstellerin und es müsse daher von der Vergabe ausgeschlossen werden.

Die Antragstellerin stellte am 17. Dezember 2009 einen Nachprüfungsantrag nach § 107 GWB. Zur Begründung vertiefte sie im Wesentlichen ihr Rügevorbringen.

Ihre Rügen seien nicht spekulativ. Die durch den Antragsgegner mitgeteilten Informationen sowie die Kenntnisse der Antragstellerin aus dem Markt hätten Zweifel an

der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung an die vermeintliche Bietergemeinschaft hervorgerufen. Die Antragstellerin sei aufgrund der unterschiedlichen Bieterangaben bezüglich des erstplatzierten Unternehmens im Submissionsprotokoll einerseits und im Schreiben vom 10. Dezember 2009 andererseits davon ausgegangen, dass die besonderen Vorgaben für Bietergemeinschaften von der Beigeladenen bei Abgabe ihres Angebotes nicht eingehalten worden seien. So sei im Submissionsprotokoll ein Angebot des Bieters **B** „*GmbH+ Co. Kg*“ und im Absageschreiben gemäß § 101 a GWB ein Angebot des Bieters „*BG B GmbH & Co. KG*“, ausgeführt worden. Ein Angebot dieser Bietergemeinschaft sei aber im Submissionsprotokoll nicht abgegeben worden. Für den Nachweis der fehlenden rechtsverbindlichen Unterschriften im Angebot der Beigeladenen führt die Antragstellerin Auskünfte von „*Creditreform*“ über die an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen ein. Die die dort als alleinvertretungsberechtigt bezeichneten Herren hätten das Angebot der Bietergemeinschaft, die Bietergemeinschaftserklärung und die Kurzleistungsverzeichnisse für die drei Lose nicht rechtsverbindlich unterzeichnet.

Die **Antragstellerin** beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot einer Bietergemeinschaft „*BG B GmbH & Co. KG*“ zu erteilen,
2. den Antragsgegner zu verpflichten, die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen,
4. die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin festzustellen.

Der **Antragsgegner** beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unzulässig zu verwerfen,
2. hilfsweise den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unbegründet zurückzuweisen,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die notwendige Beiziehung der Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners aufzuerlegen.

Er hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig. Der Antragstellerin fehle die Antragsbefugnis, da ihr Angebot nach nochmaliger Prüfung durch den Antragsgegner wegen Unvollständigkeit schon auf der ersten Stufe der Wertung auszuschließen gewesen wäre. Insoweit sei unerheblich, dass der Antragsgegner das Angebot der Antragstellerin nicht bereits im Wege der Formalprüfung von der Angebotswertung ausgeschlossen hätte. Insbesondere stünde dies einem Ausschluss des Angebots der Antragstellerin im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nicht entgegen. Der Antragsgegner habe in der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Punkt C) und in den Bewerbungsbedingungen (Punkt 7) festgelegt, dass die Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer (Formblatt 320 EG) mit dem Angebot vorzulegen seien. Die Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer der Antragstellerin enthielten nicht die Angabe der Firma, der gegenüber sich die se Nachunternehmer verpflichteten. Mangels vollständiger Erbringung der Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer entsprechend des Formblatts 320 EG sei das Angebot der Antragstellerin daher nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A zwingend auszuschließen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch deshalb unzulässig, weil es die Antragstellerin versäumt habe, den Ausschluss ihres Angebotes gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB unverzüglich zu rügen. Die Rügeobliegenheit stelle auch keine Förmelerei dar. Der Antragsgegner habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 10. Dezember 2009 darüber informiert, dass ihr Angebot wegen Unvollständigkeit ausgeschlossen werde. Die Antragstellerin habe ausreichend Zeit zur Erhebung der Rüge - eine Woche zwischen dem Schreiben vom 10. Dezember 2009 und dem beabsichtigten Zuschlag am 18. Dezember 2009 - gehabt, diese aber ungenutzt verstreichen lassen. Anstatt ihren Ausschluss zu rügen habe sie vielmehr am 17. Dezember 2009 einen Nachprüfungsantrag eingereicht. Dieser ersetze jedoch nicht eine Rüge, welche grundsätzlich vor dem Nachprüfungsantrag zu erfolgen habe. Auch sei in diesem Zusammenhang die am 07. Dezember 2009 ausgesprochene Rüge nicht ausreichend, da sich diese gerade nicht gegen den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin wegen Unvollständigkeit richte, sondern andere Gesichtspunkte- das Angebot der Beigeladenen -betreffe.

Hilfsweise trägt der Antragsgegner vor, dass der Nachprüfungsantrag aufgrund der Unvollständigkeit des Angebotes und des zwingenden Ausschlusses nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b), § 21 Nr. 1 VOB/A unbegründet sei.

Zu den Rügen der Antragstellerin hinsichtlich des Angebotes der Beigeladenen führt der Antragsgegner weiter aus, dass das Angebot der Beigeladenen den An-

forderungen des Punkt 6 der Bewerbungsbedingungen entspreche. In dem Angebotsschreiben der Beigeladenen seien alle Mitglieder der Bietergemeinschaft aufgeführt und es werde erklärt, dass die im Briefkopf bezeichneten Firmen im Auftragsfall als Gesamtschuldner für die Erfüllung des Vertrages haften. Die B

& Co. KG sei als bevollmächtigter Vertreter der Bietergemeinschaft aufgeführt worden. Das Angebot sei auch entsprechend den Anforderungen der Bewerbungsbedingungen unterschrieben worden und zwar durch die alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der C und der B GmbH & Co. KG, deren Vollmachten hätten mit dem Angebot nicht nachgewiesen werden müssen, da in den Bewerbungsbedingungen keine rechtsverbindliche Unterschrift der Bietergemeinschaftserklärung gefordert worden sei. Unter dem Angebotsleistungsverzeichnis habe der Antragsgegner lediglich eine „*rechtsgültige Unterschrift*“ gefordert, und nicht den Nachweis der Vertretungsmacht des Unterzeichners mit Angebotsabgabe. Das Erfordernis einer rechtsgültigen Unterschrift sei auch nicht mehr in der VOB/A enthalten. Eine Nachprüfungspflicht für den Antragsgegner bestünde nicht, er gehe jedoch davon aus, dass Herr (B) im Innenverhältnis berechtigt sei, die B GmbH & Co. KG zu vertreten.

Der Antragsgegner trägt weiter vor, dass die Nachunternehmererklärungen gegenüber der Bietergemeinschaft erklärt worden seien. Für die genannten Leistungspositionen bestünde keine Pflicht zur Durchführung durch in der Handwerksrolle eingetragene Schlosser, da es sich bei den Leistungen nicht um eintragungspflichtige Teilleistungen des Schlosser- beziehungsweise Metallbauhandwerks handele. Die fraglichen Positionen würden lediglich den Trockenbauarbeiten untergeordnete Leistungen, nämlich Rammschutzverkleidungen aus Stahlblech für außen liegende Ecken und Stützen sowie Wandabweiser aus Edelstahl betreffen. Die Antragstellerin sei zudem mit diesem Vortrag präkludiert, da sie spätestens nach dem Submissionstermin Kenntnis über das Angebot der Beigeladenen hatte. Aus dem Angebot der Beigeladenen ergebe sich auch, dass diese die ausgeschriebenen Produkte angeboten habe und sie identifizierbare und abgrenzbare Produktangaben gemacht habe. Ein Nebenangebot habe die Beigeladene nicht abgegeben.

Die Beigeladene hat sich mit Schriftsatz vom 15. Januar 2010 den tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen des Antragsgegners angeschlossen. Ergänzend trägt sie vor, dass die Antragstellerin entweder „*ins Blaue hinein*“ vermeintliche Verstöße des Angebotes der Beigeladenen gerügt habe oder sich aber in wettbewerbswidriger Weise Kenntnis vom Inhalt der Angebote anderer Bieter verschafft haben müsse.



Aus Gründen des lautereren Wettbewerbs sei das Angebot der Antragstellerin auszuschließen, da sie unwahre, geschäftsschädigende Tatsachen über einen anderen Bieter behauptete. Auch habe Herr (B) schon zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in Vollmacht gehandelt. Eine Vorlage der Vollmacht mit Angebotsabgabe sei nicht erforderlich gewesen, da der Antragsgegner dies in den Bewerbungsunterlagen nicht gefordert habe. Hinsichtlich der Leistungspositionen über Rammschutzbekleidungen sei die Beigeladene im Stande, die erforderlichen Einzelleistungen im eigenen Betrieb zu erbringen oder aber auf einen konzernverbundenen Betrieb zurückzugreifen.

Die Antragstellerin hat nach erfolgter Akteneinsicht erwidert, dass vor Einreichen des Nachprüfungsantrags eine weitere Rüge nach dem Schreiben vom 10. Dezember 2009 nicht erforderlich gewesen sei, da der Antragsgegner im Schreiben vom 10. Dezember lediglich 2009 seine Rechtsauffassung kundgetan habe und dies keinen rügefähigen Verstoß darstelle. Das Angebot der Antragstellerin sei durch das Schreiben vom 10. Dezember 2009 nicht ausgeschlossen worden, was der Antragsgegner auch selbst einräume. Eine weitere Rüge sei auch entbehrlich, da der Antragsgegner mit Zurückweisung der Rüge vom 7. Dezember 2009 mit Schreiben vom 10. Dezember 2009 zum Ausdruck gebracht habe, dass er an der beabsichtigten Zuschlagsentscheidung festhalte und lediglich seine rechtlichen Erwägungen ergänzt habe. Auch in zeitlicher Hinsicht sei aufgrund der drohenden Zuschlagsentscheidung eine weitere Rüge entbehrlich gewesen. Die Antragstellerin habe aber auch mit dem Nachprüfungsantrag unverzüglich reagiert, so dass eine weitere Rüge nicht erforderlich gewesen sei.

Die von der Antragstellerin abgegebenen Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer seien auch vollständig, was sich aus der Bezugnahme der Antragstellerin auf diese Erklärungen in dem Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen gemäß Formblatt 317 EG ergebe. Der Antragsgegner habe auch keine Unklarheiten im Vergabevermerk bezüglich des Angebotes der Antragstellerin dokumentiert.

Die Rügen der Antragstellerin hinsichtlich des Angebotes der Beigeladenen würden auch nicht neben der Sache liegen. Nach erfolgter Akteneinsicht zeige auch der Vergabevermerk, dass für das Angebot der Beigeladenen verschiedene Bezeichnungen der Bietergemeinschaft benutzt worden seien, so dass unklar sei, ob das Unternehmen tatsächlich für sich oder eine Bietergemeinschaft angeboten habe.

Bei den Leistungspositionen über Rammschutzbekleidungen handele es sich entgegen der Auffassung der Antragstellerin um Metallbauarbeiten gemäß Abschnitt

1.1 der DIN 18360 und nicht um Trockenbauarbeiten im Sinne der DIN 18430. Die Beigeladene könne auch nicht nachträglich ein konzernverbundenes Untunternehmen als Nachunternehmen benennen, da eine entsprechende Nachunternehmererklärung schon mit dem Angebot abzugeben wäre, wenn die Holding nicht zusammen mit dem Tochterunternehmen angeboten habe.

Die Akteneinsicht habe weitere Verstöße ergeben. Die der Vergabeentscheidung zugrunde liegende Wertung sei unzureichend dokumentiert. Der Vergabevermerk sei keine taugliche Grundlage für die getroffenen Vergabeentscheidungen. Der Antragsgegner habe in unzulässigem Umfang Entscheidungen auf den beauftragten Projektsteuerer übertragen, anstatt eigenverantwortlich zu entscheiden und die Grenze der zulässigen Delegation überschritten. Insbesondere das Zustandekommen des Vergabevorschlags durch den Projektsteuerer sei nicht nachvollziehbar und es seien Aufklärungsgespräche mit der Beigeladenen nach dem Vergabevorschlag geführt worden. Auch könnten weder die konkreten Abläufe der Prüfungs- und Wertungsentscheidung nachvollzogen werden noch seien diese insbesondere im Hinblick auf das Angebot der Beigeladenen und dessen von der Vergabestelle erkannter Unvollständigkeit ausreichend begründet.

Der Vergabevermerk weise auch weitere Verstöße gegen den Transparenzgrundsatz und die Gleichbehandlung aller Bieter auf den verschiedenen Wertungsstufen auf, da entgegen § 30 VOB/A die Anforderung und Prüfung von fehlenden Nachweisen der Beigeladenen (Nachweis des Berufsregisters, der Sozialversicherung, der Berufsgenossenschaft des Finanzamtes und der Haftpflichtversicherung) weder begründet noch nachgewiesen worden seien. Auch sei die Eignungsprüfung bezüglich der Bietergemeinschaft intransparent, da der Antragsgegner die Prüfung unterlassen habe, ob der von der Bietergemeinschaft angeführte Jahresumsatz von 19,5 Millionen Euro in Anbetracht der Gründung der Firma im März 2009 tatsächlich stimme und ob die vorgelegten Referenzen nicht von Vorgängerunternehmen stammen würden. Zudem habe der Antragsgegner unzureichende Aufklärung hinsichtlich des Angebotspreises der Beigeladenen für den Titel Baustelleinrichtung betrieben, was sich aus der fehlenden Dokumentierung des Aufklärungsgesprächs zwischen der Beigeladenen und ihm ergebe. Das Angebot der Beigeladenen sei auch zwingend auszuschließen, da sie entgegen der Anforderung des Antragsgegners im Formblatt 211 EG Ziffer B die Rückgabe des Leistungsverzeichnisses mit dem Angebot unterlassen habe und laut Vergabevermerk nur die Seiten 1 bis 3 und 570 zurückgegeben habe.

Die mit Beschluss vom 6. Januar 2010 Beigeladene hat **keinen** Antrag gestellt.

Am 26. Januar 2010 fand die mündliche Verhandlung statt, in welcher die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert wurde.

Zur Stellungnahme auf den von der Antragstellerin eingereichten Schriftsatz vom 21. Januar 2010 wurde in der mündlichen Verhandlung dem Antragsgegner und der Beigeladenen ein Schriftsatznachlass bis zum 29. Januar 2010 gewährt, dem auch von beiden Parteien fristgemäß nachgekommen wurde.

## II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig, im Übrigen aber unbegründet.

a) Auf das vorliegende Vergabeverfahren findet gemäß § 131 Abs. 8 GWB das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der nach Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechtes vom 20. April 2009 (BGBl. I, S. 790) geltenden Fassung Anwendung, da es im September 2009 begonnen hat, also nach Inkrafttreten der GWB- Novelle.

b) Die Vergabekammer ist örtlich zuständig und der Antragsgegner öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB. Auch bestehen bei dem vorliegenden Auftragswert keine Bedenken gegen die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer gemäß §§ 100 Abs.1, 127, 102 ff GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 3 VGV.

c) Soweit sich die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 21. 12. 2009 gegen die aufgrund der Akteneinsicht bekanntgewordenen Vergabeverstöße wendet, ist der Antrag zulässig (siehe zu 3.).

d) Mit den Rügen im Schreiben vom 07.12.2009 ist sie hingegen präkludiert mit der Folge, dass ihr Nachprüfungsantrag insoweit unzulässig ist (siehe zu 2.).

Die Antragstellerin ist gem. § 107 Absatz 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ein Interesse am Auftrag und macht in Bezug auf das Vergabeverfahren, an dem sie sich beteiligt hat, eine Verletzung von eigenen Rechten gem. § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend. Insofern reicht es aus, dass nach Darstellung der Antragstellerin eine Verletzung eigener Rechte möglich erscheint. Sie trägt vor, dass bei einer aus ihrer Sicht vergaberechtskonformen Wertung, d. h. dem

Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen, sie eine Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, da ihr Angebot dann an erster Stelle gelegen hätte.

2. In Bezug auf die Rügen hinsichtlich des Angebotes der Beigeladenen ist der Antrag unzulässig, da die Antragstellerin nur eine Vermutung äußert und nicht eine Rechtsverletzung im Sinne von § 107 Absatz 2 Satz 1 GWB geltend macht. Gemäß § 108 Absatz 2 GWB muss der Antrag eine Sachverhaltsdarstellung enthalten, denn auch im Vergabenachprüfungsverfahren ist eine ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung unzulässig und unbeachtlich (BGHZ 169, 131). Der Bieter muss die behauptete Rechtsverletzung mit einem schlüssigen, aus sich heraus verständlichen Tatsachenvortrag belegen, soweit ihm das aus eigenem Kenntnisstand möglich und zumutbar ist. Er muss zwar nicht solche Umstände, die nicht zu seiner Sphäre gehören und von denen er bei gewöhnlichen Umständen keine Kenntnis hat, vortragen. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass ein Antragsteller einfach ins Blaue hinein einen Nachprüfungsantrag stellen kann in der Hoffnung, er werde bei Akteneinsicht schon irgendwas finden, was ihm weiterhilft. Auf die bloße Vermutung einer Rechtsverletzung kann der Antrag nicht in zulässiger Weise gestützt werden. Die bloße Negierung der Vollständigkeit des Angebotes der Beigeladenen bzw. die Behauptung der mangelhaften Vertretungsbefugnis eines Teils der Bietergemeinschaft ohne weiteren Tatsachenvortrag reichen weder für einen formwirksamen Nachprüfungsantrag noch für eine substantiierte Rüge aus, da ein Mindestmaß an Substantiierung einzuhalten ist und reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen nicht ausreichen (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 25.11.2009, Az. 1/SVK/051-09, OLG München, Beschluss vom 07.08.2007-Verg-8/07).

Hinsichtlich keines der behaupteten Mängel im Angebot der Beigeladenen, ist die Antragstellerin ihrer Darlegungslast nachgekommen. Auch hat sie keine Beweise für die behaupteten Mängel im Angebot der Beigeladenen eingeführt.

Die Vergabekammer verkennt nicht, dass einem Bieter eigene Kenntnisse über aus der Sphäre der Vergabestelle herrührende Umstände oftmals nicht zur Verfügung stehen. Die Vergabekammer ist aber trotz des Grundsatzes der Amtsermittlung nicht gehalten, allen nur denkbaren Möglichkeiten einer Rechtsverletzung nachzugehen (vgl. VK Brandenburg, Beschluss vom 07.04.2008- VK 7/08). Insbesondere ist der Vortrag der Antragstellerin, aufgrund der Diskrepanz zwischen den Bieterangaben im Submissionsprotokoll und im Absageschreiben nach § 101a GWB sei von der Nichteinhaltung der besonderen Vorgaben für Bietergemeinschaften auszugehen, nicht ausreichend, um die behaupteten Verstöße im Angebot der Beigelade-

nen mit Tatsachenvortrag zu füllen. Die Vorlage der Creditreform- Auskünfte ist nicht geeignet, den Beweis zu führen, woher die Antragstellerin Kenntnis darüber hatte, wer das Angebot der Beigeladenen unterschrieben hat. Hinsichtlich jedes der einzelnen behaupteten Mängel hat die Antragstellerin keine konkreten Fakten vorgebracht, mit denen ihr Vorwurf der Vergaberechtswidrigkeit des Angebotes der Beigeladenen untermauert werden konnte.

Die Antragstellerin ist auch ihrer Rügeverpflichtung nicht ausreichend nachgekommen, § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB. Zwar hat die Antragstellerin unverzüglich nach Erhalt des Schreibens gemäß § 101 a GWB am 10. Dezember 2009 ein als Rüge bezeichnetes Schreiben an die Antragsgegnerin geschickt. Die Rüge muss jedoch eine konkrete vergaberechtliche Beanstandung benennen, um den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, den gerügten Mangel abzustellen. Ausreichend sind dabei laienhafte Ausführungen, jedoch muss die Rüge konkrete Tatsachen nennen, die den Vergabebeerstoß begründen können. Dabei hat der Antragsteller zumindest tatsächliche Anhaltspunkte oder Indizien darzulegen, welche seinen Verdacht hervorgerufen haben, dass Vergabebeerstöße begangen worden sind. Nicht ausreichend sind pauschale Rügen oder Rügen ohne Substanz. Wenn der Bieter lediglich pauschal Verstöße ins *"Blaue hinein"* behauptet, begehrt er in Wirklichkeit nicht die Beseitigung konkreter Mängel, sondern möchte nur im Zuge der Bearbeitung der Rüge erste konkrete Anhaltspunkte für einen Vergaberechtsverstoß erhalten ( vgl. KG Berlin, Beschluss v.13.03.2008- 2Verg 18/07;VK Baden- Württemberg, Beschluss vom 28.07.2009- 1 VK 42/09).

Die Antragstellerin hat trotz anwaltlicher Beratung keine substantiierte Rüge erhoben. Sie hat ohne weitere Mitteilung von Tatsachen oder bestimmten Indizien die vorgetragenen Vergabebeerstöße lediglich lapidar behauptet. Sie hat spekulativ bestimmte Punkte des Angebotes der Beigeladenen aufgegriffen, ohne zumindest Anhaltspunkte darüber zu liefern, warum sie diese Punkte des Angebotes der Beigeladenen als vergabefehlerhaft rügt bzw. woher sie Kenntnis über diese Vergabefehlerhaftigkeit und den genaueren Inhalt des Angebotes der Beigeladenen hat. Insbesondere warum sie von Vergabebeerstößen im Angebot der Beigeladenen aufgrund der unterschiedlichen Bezeichnung der Beigeladenen im Submissionsprotokoll einerseits und im Schreiben nach § 101a GWB andererseits ausgeht. Damit ist diese Rüge unbeachtlich (vgl. VK Baden-Württemberg .a. a. O.).

2.1 Bezogen auf den Ausschluss ihres Angebotes wegen unvollständiger Nachunternehmer-Erklärungen ist sie präkludiert. Der Ausschluss erfolgte zu Recht aus

formellen Gründen. Hiergegen hat sie keine rechtzeitige Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB eingelegt, wozu sie vor Einreichen des Nachprüfungsantrags eine Woche Zeit gehabt hätte. Die Rüge ist auch nicht deshalb entbehrlich gewesen, weil sie den vorliegenden Nachprüfungsantrag gestellt hat. Im Übrigen kommt es für Tatbestände des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB auf die Kenntnis eines Vergabeverfahrensfehlers bzw. dessen Erkennbarkeit an und nicht auf dessen Manifestation. Es handelt sich dabei auch keineswegs um Förmerei, da Verfahrensfehler zu einem möglichst frühen Zeitpunkt korrigiert werden können sollen (vgl. OLG Karlsruhe Beschl. vom 08.01.2010). Insoweit greift auch das Argument der Antragstellerin nicht, es habe sich bei dem angekündigten Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin nur um die Mitteilung einer ergänzenden Rechtsauffassung gehandelt.

Die Antragstellerin hatte die Pflicht, sobald ihr die Ansicht des Antragsgegners hinsichtlich des beabsichtigten Ausschlusses aus formellen Gründen bekannt gemacht worden war, was unstreitig am 10. Dezember 2009 der Fall gewesen ist, zu rügen. Denn spätestens ab diesem Zeitpunkt war der manifestierte Wille des Antragsgegners unstreitig erkennbar geworden.

Gerade dies hat sie aber unterlassen, obwohl nach Ansicht der erkennenden Kammer eine Woche ausreichend Zeit dafür gewesen wäre.

Aber auch wenn erst in der Stellung des Nachprüfungsantrags am 17. Dezember 2009 gleichzeitig eine Rüge gesehen würde, ginge diese ins Leere, da das Angebot der Antragstellerin infolge der unvollständigen Nachunternehmer-Erklärungen aus formalen Gründen auszuschließen war, da diese unstreitig **keine** Angabe enthielten, wem gegenüber sich die Nachunternehmer verpflichten wollten.

3. Obgleich der Nachprüfungsantrag wie vorstehend ausgeführt zunächst unzulässig war, können neue Rügen in zulässiger Weise in das Nachprüfungsverfahren einbezogen werden, wenn die vermeintlichen Verstöße erst im Verlauf des Verfahrens bekannt geworden sind (vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 07.08.2007, 11 Verg 3/07; Beschl. v. 08.12. 2009, 11 Verg 6/09). Es wäre mit dem im Vergabeverfahren geltenden Beschleunigungsgebot unvereinbar, den Antragsteller auch während eines bereits laufenden Nachprüfungsverfahrens darauf zu verweisen, den neu erkannten Verstoß zunächst gegenüber der Vergabestelle zu rügen und danach einen weiteren Nachprüfungsantrag zu stellen ( OLG Frankfurt a.a.O. m. w. N.).

Die nach erfolgter Akteneinsicht mit Schriftsatz vom 21.12.2009 erhobenen Rügen der Antragstellerin sind somit zwar zulässig, da sie ihr während des Nachprüfungsverfahrens bekanntgewordene weitere mögliche Vergaberechtsverstöße (u.a.

zwingender Ausschluss der Beigeladenen, mangelnde Dokumentation, Überschreiten der Delegationsbefugnis) betreffen. Sie bleiben aber letztlich erfolglos, da die Antragstellerin diesbezüglich keine Antragsbefugnis dargetan und keinen konkreten drohenden Schaden geltend gemacht hat.

Eine unzureichende Dokumentation des Vergabeverfahrens kann die Antragstellerin nicht mit Aussicht auf Erfolg beanstanden, da ein Bieter seinen Nachprüfungsantrag nur dann auf eine unzulängliche Dokumentation stützen kann, wenn sich die diesbezüglichen Mängel gerade auch auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben (vgl. Juris-PK-VergR/Dippel, 2. Aufl., § 30 VOB/A Rn. 15). Hierzu hat die Antragstellerin aber nicht substantiiert vorgetragen.

Auch für den angeblichen Vergabeverstoß, die Beigeladene habe mehr Informationen zu den der Vergabestelle vorzulegenden Nachweisen erhalten als die Antragstellerin, worin eine Ungleichbehandlung liege, sind nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung keine konkreten Anhaltspunkte mehr ersichtlich.

Ebenfalls ohne Aussicht auf Erfolg macht die Antragstellerin geltend, der Antragsgegner habe in einem vergaberechtlich nicht zulässigen Umfang Entscheidungen auf die beauftragten Projektsteuerer übertragen und damit die Grenzen der zulässigen Delegation überschritten. Aus der Vergabeakte ergibt sich nicht, dass die Grenzen der bloßen Unterstützung durch den Projektsteuerer, die zulässig ist (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 26.02.2004 - 1 Verg. 17/03 -VergabeR 2004,387), überschritten worden sind.

Die maßgeblichen Entscheidungen im Vergabeverfahren sind, wie in der mündlichen Verhandlung hinreichend deutlich gemacht wurde, vom Antraggegner selbst eigenverantwortlich getroffen worden.

Ein drohender Schaden kann auch nicht vorliegen, da sie ohnehin keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlags hat, weil ihr Angebot wie oben bereits gesagt unabhängig von den geltend gemachten Vergabeverstößen nicht zum Zuge kommen kann. Damit fehlt hinsichtlich der Überprüfung dieser Vergabeverstöße das Rechtsschutzinteresse (vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 14.01.2010, Az. 21 VK- 3194 - 64/09 m. w. N.).

Unabhängig davon, dass aus Sicht der Kammer die Zuschlagsfähigkeit des Angebots der Beigeladenen in Zweifel steht- was in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht wurde- kann der Nachprüfungsantrag keinen Erfolg haben.

Dies deshalb, weil weitere bzw. zumindest aber **ein** zuschlagsfähiges Angebot, wie dies den unbestrittenen Anlagen zum Vergabevermerk entnommen werden kann, in der Wertung verblieben ist.

Der Nachprüfungsantrag war somit insgesamt zurückzuweisen.

### III.

Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt.

Die Festsetzung der Gebühr für das Verfahren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus der Höhe des Angebotes der Antragstellerin ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten und im Dezember 2009 überarbeiteten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Kammer angewandt wird, eine Gebühr von 5.550,00 Euro.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners gemäß § 128 Abs. 4 S. 1 GWB zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten auf Seiten des Antragsgegners war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhalts notwendig, § 128 Abs. 4 GWB, § 80 HVwVfG.



## IV.

### Rechtsbehelfsbelehrung

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

einzu legen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebe gründung 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.

Jung  
(Vorsitzender)

Jensen-Löbl  
(Hauptamtliche Beisitzerin)