

Vergabekammer Berlin



Vorblatt zum Beschluss

Aktenzeichen	VK B 2 30/08
Datum des Beschlusses	18. März 2009
Bestandskraft	ja
Vergabeart	Offenes Verfahren VOB/A
<u>Rechtsnormen</u>	§ 97 Abs. 7 GWB, § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b, 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A
<u>Leitsätze</u>	<ol style="list-style-type: none">1. Nach der abschlägigen Beantwortung einer Rüge ist vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens regelmäßig keine erneute Rüge erforderlich.2. Eignungsnachweise, die nicht zwingend mit Angebotsabgabe vorzulegen sind, kann der Auftraggeber bis zum Abschluss der Eignungsprüfung nachfordern.3. Fehlen mit dem Angebot einzureichende Angaben oder Unterlagen, ist das Angebot unvollständig und unabhängig von der Wettbewerbsrelevanz des Mangels auszuschließen.4. Ein Bieter hat keinen Anspruch auf den Ausschluss anderer unvollständiger Angebote, wenn sein eigenes Angebot ebenfalls trotz fehlender oder unvollständiger Angaben in die Wertung einbezogen wurde.5. Zum Kostenerstattungsanspruch der Beigeladenen

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK - B 2 – 30/08



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

Verfahrensbevollmächtigte:

- Antragstellerin -

gegen

Verfahrensbevollmächtigte:
unter Beteiligung der

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

- Beigeladene -

wegen des Bauauftrags „Projekt B, Neubau X (LOS 1)“

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. Februar 2009 durch den Vorsitzenden , den hauptamtlichen Beisitzer sowie den ehrenamtlichen Beisitzer am 18. März 2009 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin.
3. Hinsichtlich des Antrags auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags tragen die Beteiligten ihre Kosten selbst
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.
5. Die Kosten der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) werden auf 6400 Euro festgesetzt. Für den Antrag auf Gestattung des Zuschlags werden keine Kosten erhoben.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im August 2008 den Bauauftrag „Projekt B, Neubau X (LOS 1)“ nach VOB/A im Offenen Verfahren EU-weit aus. Gegenstand des Auftrags war der Neubau eines Bunker-Bauwerks, bestehend aus Müll- und Schlackebunker in Massivbauweise mit Nebenräumen und sechs Abkipfstellen mit Anbindung an den Bestand. Der zu errichtende Müllbunker sollte ein Stapelvolumen (innen) von etwa 12.500 m³ erreichen. Die Bauwerke sollten bis zu 9 m tief in den Baugrund eingebunden werden, davon etwa 7 m im Grundwasser. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

Bezüglich der von den Bietern einzureichenden Referenzen heißt es in den Verdingungsunterlagen (.... „Angaben/Nachweise“):

„Referenzangaben zu vergleichbaren Leistungen, mindestens für folgende Leistungen (geforderte Mindeststandards):

Der Bieter muss jeweils mindestens eine Referenz, mit Abnahmedatum aus den letzten 5 Jahren vorweisen können für:

- ein Bunker- oder Silobauwerk in Massivbauweise mit mindestens 5.000 m³ Stapelinhalt und einer Bauhöhe des Stapelbehälters von mindestens 25 m
- ein vergleichbares Bauwerk, einbinden in das Grundwasser mit Ausführung als WU-Konstruktion
- vergleichbares Bauwerk mit Maßnahmen im Bestand

Die geforderten Referenznachweise können ggf. auch durch dasselbe Referenzobjekt geführt werden.

Für alle Referenzen sind folgende Angaben zu machen:

- Nennung des Auftraggebers, mit Ansprechpartner und Telefonnummer
- Beschreibung des Leistungsumfanges
- Auftragssumme (netto)
- Ausführungszeitraum

ggf. zusätzlicher Nachweis über entsprechende Erklärungen (Anlagen ...); siehe auch Ziff. ...“

Auf Nachfrage führte die Antragsgegnerin auf einem allen Interessenten zugänglichen Internet-Forum hierzu ergänzend aus:

„Bei den unter Register 7 geforderten Referenzangaben handelt es sich um ausdrücklich zur Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit und Fachkunde geforderte Mindeststandards, von denen im Vergabeverfahren nicht abgewichen werden kann. Es geht um die Erfahrung mit Bunker- oder Silobauwerken, die der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind.“

Unter Ziffer ... heißt es weiter, dass Angebote, denen die zwingend mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen und Angaben nicht beigelegt sind, von der Wertung ausgeschlossen sind.

Am XX. Oktober 2008 wurden in der öffentlichen Submission die insgesamt zehn eingegangenen Angebote sowie zahlreiche Nebenangebote geöffnet.

Das Angebot der Beigeladenen lag mit einem Gesamtpreis von XX.XXX.XXX,XX EUR netto an dritter Rangstelle. Die Antragstellerin nahm mit ihrem Angebot in Höhe von XX.XXX.XXX,XX € netto Rang vier ein.

Alle Angebote waren aus unterschiedlichen Gründen fehlerhaft. Die Angebote der beiden Bestplatzierten schloss die Antragsgegnerin wegen unzureichender Eignungsnachweise vom Verfahren aus, weil aus den von diesen vorgelegten Unterlagen eine vollständige Prüfung der Anforderungen an die Referenzobjekte nicht möglich sei. Zwei weitere Angebote wurden wegen unzureichender Schließgeschwindigkeit von Toren (Position ...) ausgeschlossen. Ein weiterer Bieter wurde wegen seiner deutlich (27%) über dem nächst niedrigeren Preis liegenden Angebotssumme nicht berücksichtigt. Bei den übrigen Angeboten, darunter denen der Antragstellerin und der Beigeladenen, fehlte das Typenblatt oder die Zeichnung für eine unterdruckfeste Verlegung der abgehängten Decken ... sowie zum Teil weitere Angaben. Diese fehlenden Angaben in Angeboten zu Fabrikaten- und Materialien hielt die Antragsgegnerin nach rechtlicher Beratung für so unbedeutend, dass sie diese Angebote in der Wertung beließ.

Aus der von der Beigeladenen vorgelegten Referenz zu einem Bunkerbauwerk ging nicht hervor, ob und wann der Auftrag fertig gestellt und die Leistungen abgenommen worden waren. Die Antragsgegnerin forderte die Beigeladene deshalb unter Fristsetzung ... auf, entsprechende Angaben und Belege nachzureichen. Einen Tag vor Fristablauf teilte die Beigeladene unter Beifügung eines Ausdrucks der Internetseite zu dem Referenzvorhaben mit, der Bunkerbau sei im Februar 2008 fertig gestellt, die entscheidenden Rohbau- und Tiefbauarbeiten zum XX. Juli 2008, das Gesamtbauwerk am XX. November 2008 abgenommen worden. Nach Prüfung dieser Angaben befand die Antragsgegnerin die Beigeladene im Sinne der Ausschreibungsbedingungen für geeignet, den Auftrag durchzuführen.

Sie teilte der Antragstellerin sowie den übrigen Bietern ... mit, dass sie beabsichtige der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen.

Dies rügte die Antragstellerin ... mit der Begründung: „Gemäß den Ausschreibungsunterlagen waren im Register 7 Referenzunterlagen entsprechend den geforderten Mindeststandards der Referenzangaben zwingend vorzulegen. Die von der Beigeladenen beigefügten Referenzunterlagen entsprechen nicht den geforderten Mindeststandards der Referenzangaben.“ Die Antragsgegnerin half der Rüge nicht ab, sondern erwiderte darauf, die Referenz „Neubau des A-Kraftwerks in B“ entspreche in jeder Hinsicht den Anforderungen der Vergabeunterlagen.

Dieser Beurteilung tritt die Antragstellerin mit Ihrem Nachprüfungsantrag vom 17. Dezember 2008 entgegen.

Sie ist der Ansicht, dass das Referenzprojekt der Beigeladenen nicht zur Beurteilung ihrer Eignung herangezogen werden dürfe, weil es zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht vollständig abgeschlossen und nicht abgenommen gewesen sei. Außerdem handele es sich auch nicht um ein der ausgeschriebenen Leistung vergleichbares Vorhaben, weil es ... nicht, wie das zu errichtende Bauwerk, neun Meter in den Baugrund einbinde und keine schwierige grundwasserabweisende Ausführung benötige. Darüber hinaus sei dort lediglich eine Spundwand, jedoch keine aufwendige Schlitzwandkonstruktion erforderlich gewesen. Schließlich sei das A-Kraftwerks in B von einer Arbeitsgemeinschaft zweier Firmen erstellt worden. Der Leistungsanteil der Beigeladenen daran sei von dieser nicht dargelegt und von der Antragsgegnerin nicht ermittelt worden. Bereits aus diesem Grund könne keine ordnungsgemäße Eignungsprüfung stattgefunden haben.

Nach Akteneinsicht macht die Antragstellerin geltend, dass die Beigeladene auch bereits aus formalen Gründen von der Wertung zwingend auszuschließen sei, weil in ihrem Angebot zahlreichen Stellen des Leistungsverzeichnisses Lücken aufweise und daher unvollständig

sei. Nachträgliche Ergänzungen seien unzulässig. Andernfalls würden die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung verletzt.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin in dem vorliegenden Vergabeverfahren zu untersagen, den Auftrag an die Beigeladene zu erteilen,
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. hilfsweise, der Antragsgegnerin zu untersagen, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen.
4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragsgegnerin, aufzuerlegen und festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragsgegnerin erforderlich war.

Sie hat darüber hinaus ... beantragt,

ihr die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen gemäß § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB zu gestatten.

Diesen Antrag hat sie ... zurückgenommen.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, weil das Schreiben der Antragstellerin vom XX. Dezember 2008 den gerügten Sachverhalt nicht konkret benenne, sondern eine Behauptung ins Blaue hinein aufstelle. Auf die Rügeerwiderung sei die Rüge ebenfalls nicht präzisiert worden.

Des weiteren erfülle die Beigeladene mit den von ihr vorgelegten Referenzen, vor allem mit dem A-Kraftwerk voll und ganz die Mindestanforderungen der Ausschreibung. Hierzu bringt sie Teilabnahmeprotokolle des Referenzobjekts A-Kraftwerk ... in das Verfahren ein. Es sei auch eine Eigenreferenz, da die Beigeladene im Rahmen der dort eingegangenen Bietergemeinschaft gesamtschuldnerisch für die Leistung verantwortlich gewesen sei.

Durch Beschluss vom 16. Januar 2009 hat die Kammer die ausgewählte Bieterin beigeladen.

Die Beigeladene stellt ... den Antrag,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Kosten der Beigeladenen der Antragstellerin aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Sie unterstützt die Ausführungen der Antragsgegnerin hinsichtlich des Rügeschreibens und der Wertbarkeit ihrer Referenz mit ausführlichen Erörterungen.

In der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer haben sich die Beteiligten zum Sach- und Rechtsfragen ausführlich geäußert. Auf die Niederschrift zur mündlichen Verhandlung wird verwiesen. Sie haben Gelegenheit erhalten, bis zum ... 2009 Stellung zu nehmen. Innerhalb dieser Frist ließ sich die Antragsgegnerin von der Antragstellerin und der Beigeladenen das fehlende Typenblatt ... nachreichen. Sie ließ sich darüber hinaus vom Ingenieurbüro D bestätigen, dass das Referenzobjekt der Beigeladenen auch der Einbindung ins Grundwasser „mit Ausführung als WU-Konstruktion“ erfülle, und gab schließlich der Beigeladenen Gelegenheit, die von ihr im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft übernommenen Leistungen an dem Referenzobjekt A-Kraftwerk im Einzelnen darzustellen. Sodann ergänzte sie in einem Vergabevermerk vom 9. Februar 2009 die Eignungsprüfung der Beigeladenen. Diese Unterlagen hat die Antragsgegnerin innerhalb der Stellungnahmefrist zur Akte gereicht.

Die beiden Bieter mit den preisgünstigsten Angeboten leiteten wegen des Ausschlusses ihrer Angebote ebenfalls Nachprüfungsverfahren ein (VK B-2-31/08 und VK B-2-31/08). Anlässlich dieser Verfahren forderte die Antragsgegnerin am 11. Februar 2009 die drei weiteren bestplatzierten Bieter des Verfahrens auf, in ihrem Angebot fehlende Angaben und Erklärungen zu ergänzen.

Den daraufhin erstellten weiteren Vergabevermerk vom 17. Februar 2009 hat die Antragsgegnerin ebenfalls in das Nachprüfungsverfahren eingeführt. Sie erklärt darin, die nach Einleitung der Nachprüfungsverfahren angestellten Erwägungen zur Nachforderung von Fabrikatsangaben und sonstigen Erklärungen sowie die Feststellungen zur weiteren Angebotsprüfung, insbesondere im Hinblick auf die vorgelegten Referenzen und Preiskalkulationen der Erstplatzierten erlangten erst dann Bedeutung, wenn die Antragsgegnerin in den anhängigen Nachprüfungsverfahren verpflichtet werde, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer eine neue Angebotswertung durchzuführen. Sie erhoffe sich von diesem Vorgehen eine Beschleunigung des Vergabeverfahrens.

Mit einem Rügeschreiben vom 27. Februar 2009 beanstandete die Antragsstellerin die im Anschluss an die mündliche Verhandlung durchgeführten Verfahrensschritte der Antragsgegnerin. Hierdurch solle einseitig und in diskriminierender Weise eine absehbare Verfahrenswiederholung vorweg zu nehmen, um die Antragstellerin im Anschluss an eine stattgebende Entscheidung der Vergabekammer vor vollendete Tatsachen zu stellen. Dies widerspreche den Grundsätzen eines fairen und transparenten Verfahrens sowie dem Gleichbehandlungsgebot.

Die Kammer hat die Bearbeitungszeit für das Verfahren wegen der besonderen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Verfahrens zuletzt bis zum 27. März 2009 verlängert und dies den Beteiligten schriftlich mitgeteilt.

Im Übrigen, insbesondere wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten, wird auf den Inhalt der Vergabeakten und der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

1. Der Hauptantrag, mit dem die Antragstellerin eine Wiederholung der Wertung der Angebote begehrt, sowie der Hilfsantrag, der sich auf eine Untersagung der Zuschlagserteilung an die Beigeladene beschränkt, sind zulässig.

a) Die Antragsgegnerin ist Anstalt des öffentlichen Rechts zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ..., für die das Land gemäß § 5 Berliner Betriebe-Gesetz vom 14. Juli 2006 (GVBl. S. 827) uneingeschränkt als Gewährträger haftet und deren Aufsichtsrats der Senator für Wirtschaft, Arbeit und Frauen vorsteht. Sie ist damit öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB. Es handelt sich um einen öffentlichen Bauauftrag i.S.d. §§ 99 Abs. 3 GWB, 6 VgV, der den Schwellenwert des § 2 Nr. 4 VgV übersteigt. Der geschätzte Gesamtauftragswert der Baumaßnahme beträgt ca. XX.XXX.XXX € netto und liegt damit jedenfalls deutlich über dem EU-Schwellenwert.

b) Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Mit ihrem Angebot hat sie ein Interesse am ausgeschriebenen Auftrag bekundet.

Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags ist, dass die sonstigen Voraussetzungen der §§ 107, 108 GWB erfüllt sind (BGH, Beschluss vom 18.2.03, X ZB 43/02; OLG Naumburg, Beschluss vom 13.10. 06, 1 Verg 7/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.03, Verg 59/03). Weiter ist erforderlich und hinreichend, dass der Bieter schlüssig behauptet, welche Vergaberechtsvorschriften der Auftraggeber im Laufe des Verfahrens verletzt haben soll und dass der Bieter ohne die behauptete Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zu-

schlags hätte, so dass ein drohender oder eingetretener Schaden auf die vermeintliche Verletzung der Vorschriften zurückzuführen ist (BGH, Beschl. vom 18.5.04, X ZB 7/04). An die Darlegung eines entstandenen oder drohenden Schadens sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Die Kausalität zwischen Vergaberechtsverstoß und Schaden ist nicht gesondert darzulegen. Nicht antragsbefugt soll nach diesem Maßstab nur ein Unternehmen sein, bei dem offensichtlich keine Rechtsbeeinträchtigung vorliegt

Diesen Maßgaben genügt das Vorbringen der Antragstellerin.

Sie legt im Wesentlichen dar, dass ihrer Meinung nach zu Unrecht das Angebot der Beigeladenen den Zuschlag erhalten sollte, obwohl diese wegen nicht nachgewiesener und im Übrigen fehlender Eignung sowie weiterer Ausschlussgründe nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Die Beigeladene habe die nach den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindeststandards für Referenzangaben mit den von ihr eingereichten Unterlagen nicht erfüllt. Damit macht die Antragstellerin sowohl Verstöße gegen die Verpflichtung des Auftraggebers zur Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 7 GWB, § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b) i.V.m. § 21 Nr. 1 VOB/A, § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A) als auch Verstöße gegen das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB) geltend. Daraus könnte der Antragstellerin ein Schaden erwachsen. Denn sie hätte, unterstellt, die drei preisgünstigsten Angebote wären wegen der von ihr geltend gemachten Mängel und der von der Antragsgegnerin festgestellten fehlenden Eignung auszuschließen, das günstigste noch im Verfahren verbliebene Angebot abgegeben und damit eine reelle Chance auf die Erteilung des Zuschlags.

Die Frage, ob die Antragstellerin wegen Unvollständigkeit ihres Angebots aufgrund des von ihr nicht eingereichten Typenblatts ... vom Verfahren auszuschließen gewesen wäre, beeinflusst die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages nicht. Denn es ist für die Antragsbefugnis noch nicht maßgebend, ob tatsächlich eine Rechtsverletzung stattgefunden hat. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gebietet es, dass der Bieter die Überprüfung des gerügten Verstoßes beanspruchen kann, ohne dass sein Vorbringen von vornherein wegen anderer, eigener Verstöße zurückgewiesen wird (BVerfG, Beschl. vom 29.07.04, 2 BvR 2248/03, IBR 2004,590, NVwZ 2004, 1224, 1226). Immerhin kommt auch in einer derartigen Situation eine Aufhebung oder Wiederholung des Verfahrens in Betracht, bei der der antragstellende Bieter eine erneute Chance auf Zuschlagserteilung hätte.

c) Die Antragstellerin hat die geltend gemachten Verstöße unmittelbar nach Erhalt der Vorabinformation ... gerügt. Hiermit hat sie ihre Rügepflicht nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB erfüllt. Die Rüge erfolgte auch unverzüglich im Sinn des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB.

aa) Um den Zugang zum Nachprüfungsverfahren zu eröffnen, bedarf es der Darlegung zumindest einer konkreten - nicht völlig vagen und pauschal behaupteten - Vergaberechtsverletzung (OLG Düsseldorf, Beschl. vom 19.07.06 - 27/06). Eine Rüge ist dann ausreichend substantiiert, wenn der Bieter konkrete Tatsachen benennt, aus welchen sich der Verdacht eines Vergaberechtsverstoßes ergibt (OLG München, Beschluss vom 26.6.07, Verg 6/07). Im Vergabenachprüfungsverfahren darf auch behauptet werden, was der Betreffende aus seiner Sicht der Dinge für wahrscheinlich oder möglich hält (vgl. BGH NJW 1986, 246, 247). Nur eine willkürliche, aufs Geradewohl oder ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung ist allerdings unzulässig und damit unbeachtlich (vgl. BGH NJW 1995, 2111). Zugleich soll der Vergabestelle die Möglichkeit gegeben werden, eigene Fehler frühzeitig zu erkennen und zu korrigieren, um so ebenfalls Nachprüfungsverfahren zu vermeiden. (OLG München, Beschl. v. 17.09.07, Verg 10/07; Beschl. v. 2.08.07, Verg 7/07; OLG Naumburg, Beschl. v. 4.1.05, 1 Verg 25/04; OLG Koblenz, B. v. 18.9.03, 1 Verg 4/03). In der Rüge muss daher zum Ausdruck kommen, dass der Rügende den Gegner auffordert, den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß abzustellen (OLG Thüringen, Beschl. vom 28.2.01 6 Verg 8/00, Beschl. vom 16.1.02, 6 Verg 7/01; OLG Brandenburg NZBau 2001, 226). Diesen Anforderungen hat die Antragstellerin entsprochen. Sie hat der Beigeladenen die Eignung abgestritten, weil diese ihrer Ansicht nach kein geeignetes Referenzobjekt benennen konnte und damit von der Wertung auszuschließen sei. Damit hat sie hinreichend konkret eingegrenzt, worauf es ihr ankam. Mit ihrer Forderung nach Ausschluss der Beigeladenen hat die Antragstellerin klar die begehrte Handlung des Auftraggebers zum Ausdruck gebracht.

bb) Für eine erneute Rüge nach Erhalt des Erwidierungsschreibens bestand nach Auffassung der Kammer kein Anlass. Denn jedenfalls, wenn der Bieter den vermeintlichen Verstoß erst mit dem Absageschreiben erkennt, ist wegen der kurzen Zeitspanne, die bis zur möglichen Zuschlagserteilung bleibt, regelmäßig davon auszugehen, dass ein Bieter mit der Benennung des vermeintlichen Vergabeverstoßes dem Auftraggeber ausreichend Gelegenheit gegeben hat, sich mit der Rüge auseinanderzusetzen und gegebenenfalls sein Verhalten zu korrigieren (OLG München, Beschl. vom 26.06.07 – Verg 6/07). Für eine erneute Befassung vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bleibt somit kein Raum. Zwar ist Sinn der Rügeverpflichtung, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt wird, Abhilfe zu schaffen. Wird aber nach dem Antwortschreiben des Auftraggebers deutlich, dass dieser zu einer Abhilfe nicht bereit ist, ist in einem solchen Fall der Bieter nicht verpflichtet, in einen Dialog mit dem Auftraggeber einzutreten (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, § 107 GWB, Rn 1999/1). Vielmehr hat der Bieter jetzt die Entscheidung zu treffen, ob er einen Nachprüfungsantrag stellen oder auf ihn verzichten will. Dem Auftraggeber ist diese Folge auch bewusst. Wird den Rügen nicht abgeholfen, kann der Auftraggeber daher nicht damit

rechnen, dass der rügende Bieter ihm noch einmal vor seiner Entscheidung über die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens antwortet.

Da die Erwidderung der Antragsgegnerin hier überdies als einzige neue Information lediglich den Namen des Referenzbauwerks der Beigeladenen enthielt, bei dem die Antragsgegnerin davon ausgehen musste, dass es der Antragstellerin bekannt war, bestand auch aus diesem Grund keine Veranlassung für die Antragstellerin, hierauf zu reagieren.

Schließlich hat die Antragsgegnerin erklärt, dass sie an ihrer Entscheidung festhalte. Einer gesonderten Rüge bedarf es jedenfalls in diesen Fällen nicht. (OLG Karlsruhe, Beschl. vom 6.2.07 - 17 Verg 7/06; OLG Brandenburg, Beschl. vom 2.12.03 - Verg W 6/03; VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. vom 8.5.07 - 3 VK 4/07)

cc) Soweit die Antragstellerin aufgrund der Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren die Unvollständigkeit anderer Angebote und weitere Verfahrensmängel darlegt, bedurfte es hierzu keiner gesonderten Rüge (OLG Celle Beschl. v. 23.2.01, VergabE C-9-3/01v Rn 15 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 13.5.02, VergabE C-10-25/02 Rn 17). Denn ist ein Antragsteller den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge gerecht geworden, ist er auch nicht gehindert, andere Vergaberechtsverletzungen zum Gegenstand desselben Vergabeprüfungsverfahrens zu machen, mögen diese auch bis dahin nur andeutungsweise oder gar nicht im Streit gewesen und erst im Verlaufe des Nachprüfungsverfahrens zutage getreten sein (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O.). Der Antragsteller ist dabei auch nicht gehalten, seine dem Nachprüfungsantrag ursprünglich zugrunde gelegten Rügen bis zum Verfahrensende weiter zu verfolgen, sondern darf sein Rügevortrag nachträglich durch ein anderes ersetzen (OLG Frankfurt, Beschl. vom 7.08.07 - 11 Verg 3/07)

2. Der Hauptantrag ist unbegründet. Soweit die Antragsgegnerin gegen die Bestimmungen des Vergabeverfahrens verstoßen hat, erwächst der Antragstellerin hieraus kein Anspruch auf Ausschluss der Beigeladenen und eine Wiederholung der Wertung. Die Antragstellerin ist in Ihrem Recht auf das Einhalten der Bestimmungen über das Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 7 GWB) nicht verletzt.

a) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin war die Beigeladene nicht wegen fehlender Eignung gemäß § 25 Nr. 2 VOB/A auszuschließen. Nach § 25 Nr.2 Abs.1 VOB/A sind zwar Angebote, denen die mit der Angebotsabgabe vorzulegenden Eignungsnachweise nicht beigefügt sind, zwingend von der Wertung auszuschließen (OLG Koblenz, Beschl. vom 4.7.07 – 1 Verg 3/07; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 9.3. 07 – Verg 5/07; Beschl. vom 28.6.06 – Verg 18/06; Beschl. vom 7.3.06 – Verg 98/05; VK Schleswig-Holstein, Beschl. vom 18.12.07 – VK S-H 25/07; 2. VK Bund, Beschl. vom 13.6.07 - VK 2-51/07; 1. VK Bund, Beschl. vom

29.10.07 - VK 1-110/07; Beschl. vom 21.5.07 - VK 1-32/07; VK Düsseldorf, Beschl. vom 19.4.07 - VK-10/2007-B; 1. VK Sachsen-Anhalt, Beschl. vom 17.04.2007 - 1 VK LVwA 4/07; 3. VK Bund, Beschl. vom 26.6.08 - VK 3-71/08; Beschl. vom 3.5.07 - VK 3-31/07). Die Beigeladene hat jedoch mit Abgabe ihres Angebots den für diesen Zeitpunkt durch die Ausschreibung gestellten Mindestanforderungen genügt. Insbesondere hat sie mit dem A-Kraftwerk ein geeignetes Referenzobjekt benannt.

aa) Das Referenzobjekt A-Kraftwerk entsprach den in den Vergabebedingungen gestellten Mindestanforderungen. Insbesondere hat die Beigeladene den Punkt „mit Abnahmedatum aus den letzten 5 Jahren“ erfüllt.

Bei Auslegung dieser Worte aus Sicht eines verständigen Bieters heißt dies zunächst, dass die Abnahme des Referenzbauwerks zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht länger als 5 Jahre zurück liegen darf.

Ob darunter auch zu verstehen war, dass die Abnahme auch bei Angebotsabgabe erfolgt sein musste, ist zumindest zweifelhaft. Denn maßgeblich für das Vorliegen der Eignungsvoraussetzungen ist regelmäßig der Zeitpunkt der Eignungsprüfung, und nicht die Angebotsabgabe (Weyand, *ibr-online-Kommentar*, § 97 GWB, Rn 487). Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass der Auftraggeber bis zur Zuschlagserteilung noch Gelegenheit haben muss, neue Tatsachen, die gegen die Eignung eines Bieters sprechen, zu berücksichtigen, um nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A den Zuschlag an einen geeigneten Bewerber erteilen zu können. Im Umkehrschluss ist zu folgern, dass der Auftraggeber bei der Wertung auch einen Bieter berücksichtigen darf, dessen Eignung erst durch Umstände belegt wird, die nach Angebotsabgabe eingetreten sind (Weyand, *a.a.O.*, Rn 487/1). Etwas anderes ergibt sich nur, wenn Eignungsnachweise zwingend mit Angebotsabgabe vorzulegen waren (s.o. 2 a)).

Folgt man dem, so lag sowohl das Abnahmedatum vom 6. November 2008 als auch die Abnahme des Bunkerbauwerks vom 31. Juli 2008 laut Bescheinigung des Referenzauftraggebers (Anlage AG 5) noch vor der abschließenden Eignungsbeurteilung und durfte damit vom Auftraggeber herangezogen werden. Die Vorlage einer Abnahmebescheinigung mit dem Angebot war nicht gefordert. Sie konnte daher auf Verlangen nachgereicht werden. Das Referenzobjekt selbst hatte die Beigeladene bereits in ihren Angebotsunterlagen bezeichnet. Für einen Ausschluss wegen fehlender Referenz bestand also keine Veranlassung, da eine Vorlage eines Abnahmeprotokolls zum Referenzbauwerk mit Angebotsabgabe weder gefordert war noch allgemein üblich ist.

bb) Dafür, dass die Beigeladene mit ihrem Referenzobjekt nicht hinreichend belegen könne, dass sie Erfahrungen mit einer WU-Konstruktion habe, die eine dem ausgeschriebenen Vorhaben vergleichbare Einbindung ins Grundwasser erforderte, bestehen keine Anhaltspunkte.

Die Antragsgegnerin hat bezüglich dieses Gesichtspunkts keine Mindestmaße angegeben. Vergleichbar ist eine Referenz nicht erst, wenn sie der ausgeschriebenen Leistung absolut gleicht. Vielmehr reichen zum Vergleich Leistungen mit ähnlichem Schwierigkeitsgrad (OLG Düsseldorf, Beschl. vom 26.11.08 – VII Verg 54/08; OLG Frankfurt, Beschl. vom 24.10.06 – 11 Verg 8/06). Vergleichbar oder gleichartig ist eine Leistung bereits dann, wenn sie der ausgeschriebenen Leistung ähnlich ist (3. VK Bund, Beschl. vom 21.8.08 - VK 3-113/08). Denn geforderte Referenzen sollen den Auftraggeber in die Lage versetzen, zu beurteilen, ob der Bieter in der Lage sein wird, die ausgeschriebene Maßnahme vertragsgemäß durchzuführen (OLG Frankfurt, a.a.O; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 5.7.07 – Verg 12/07).

Die Antragsgegnerin hat diesbezüglich eine Einschätzung vorgenommen. Die Prüfungstiefe obliegt dem Auftraggeber und kann grundsätzlich nicht vom konkurrierenden Bieter eingefordert werden (KG Berlin, Beschl. v. 27.11. 08 – 2 Verg 4/08)

cc) Auch der Umstand, dass die Beigeladene das Referenzobjekt in einer Arbeitsgemeinschaft errichtet hat, macht die Referenz nicht von vornherein wertlos und berechtigte die Antragsgegnerin nicht zum Ausschluss wegen fehlender Eignung, da die Voraussetzungen der Eignung zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung und nicht unbedingt bereits bei Angebotsabgabe vorliegen müssen, soweit Eignungsnachweise nicht zwingend mit Angebotsabgabe gefordert waren. Denn maßgebend für die Eignung ist, dass der Auftraggeber aufgrund der vom Bieter dargelegten Tatsachen und eingereichten Belege eine Prognose darüber abgeben kann, ob der Bieter die ausgeschriebene zuverlässig und ordnungsgemäß erbringen kann. Hierzu kann er auch nachträglich ermittelte oder bekannt gewordene Umstände heranziehen. Dies hat die Antragsgegnerin aufgrund der Einwände im Nachprüfungsverfahren getan. Zwar ist der Antragstellerin dahingehend zu folgen, dass die Antragsgegnerin bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Beigeladenen nicht alle hierfür maßgebenden Tatsachen hinreichend ermittelt hatte. So bezog sie insbesondere nicht in ihre Wertung ein, welchen Leistungsanteil die Beigeladene im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft zur Errichtung des Referenzobjekts A-Kraftwerk selbst beitrug. Der Antragstellerin sind jedoch durch diese fehlerhafte Tatsachenermittlung im Ergebnis keine Nachteile erwachsen. Wie sich aufgrund der von der Antragsgegnerin nachgeholten Recherchen gezeigt hat, würde sie auch bei Berücksichtigung der fehlenden Gesichtspunkte zu keiner anderen Bewertung der Eignung kommen. Die Antragstellerin könnte durch eine Wiederholung der Eignungsprüfung keine Verbesserung ihrer Chance auf Zuschlagserteilung erreichen (hierzu unten 3.b)aa).

b) Die Antragstellerin ist auch nicht dadurch in ihrem Recht auf ein bestimmungsgemäßes Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 7 GWB) verletzt, dass die Beigeladene wegen fehlender Angaben im Leistungsverzeichnis von der Wertung auszuschließen gewesen wäre.

Ein zwingender Ausschluss der Beigeladenen und der Angebote weiterer Bieter hätte zwar erfolgen müssen, weil diese ein ... gefordertes Typenblatt für unterdruckfeste Verlegung von Platten nicht beigefügt hatten sowie zum Teil andere geforderte Angaben nicht gemacht und damit unvollständige Angebote abgegeben hatten. Ein Bieter kann auch, unabhängig davon, ob er selbst ausgeschlossen wurde, ihren Nachprüfungsantrag auf die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß § 97 Abs. 2 GWB stützen (BGH, Beschl. vom 26.9.06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.05.2006 - Verg 19/06; OLG Celle Beschl. vom 2.10.08 13 Verg 4/08). Voraussetzung dieser Rechtsprechung ist allerdings, dass der Bieter überhaupt wegen der Mängel seines Angebots ausgeschlossen worden ist.

Die Antragstellerin wurde jedoch nicht wegen fehlender Angaben ausgeschlossen, sondern aufgrund ihres Angebotspreises bei der Zuschlagserteilung nicht berücksichtigt, weil sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hatte.

Aus dem Umstand, dass die Beigeladene ebenfalls nicht wegen fehlender Angaben und des fehlenden Typenblatts ausgeschlossen wurde, kann die Antragstellerin keine Ansprüche herleiten. Denn die Antragsgegnerin hat alle Angebote, denen entsprechende Erklärungen ebenfalls fehlten, gleich behandelt, indem sie sämtliche betroffenen Bieter nicht ausschloss. Da sie mit allen Angeboten, die ebenfalls das Typenblatt nicht eingereicht hatte, gleichermaßen verfuhr und wegen Geringfügigkeit des Mangels von einem Ausschluss absah, hat die Antragstellerin durch dieses Verhalten keinen Nachteil erlitten. Dementsprechend kann sie sich auch nicht im Nachhinein fordern, dass sie selbst und alle anderen Bieter vom Verfahren auszuschließen gewesen wären, um eine Wiederholung des Verfahrens zu erreichen. Einen Anspruch auf Korrektur eigener Fehler hat der Bieter im Vergabeverfahren grundsätzlich nicht.

Soweit die Antragstellerin meint, das fehlende Typenblatt sei anders zu beurteilen als die fehlenden Erklärungen und Angaben der anderen Bieter die ebenfalls in der Wertung verblieben sind, ist dies nicht nachzuvollziehen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Angebote, die § 21 Nr.1 Abs.1 und 2 VOB/A nicht entsprechen, weil ihnen Preise oder geforderte Erklärungen fehlen, gemäß § 25 Nr.1 Abs.1 Buchst. b VOB/A zwingend von der Wertung der Angebote auszuschließen (BGH, Urteil vom 8.9.98 - X ZR 85/97, 3634, Beschl. vom 18.5.04 - X ZB 7/04, Urteile vom 24.5.05- X ZR 243/02, 7.6.05 - X ZR 19/02, 618f. und 18.9.07 - X ZR 89/04). Denn ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter ausgerichtetes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote abgegeben werden. Das betrifft – entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin - auch Angaben, die nicht unbedingt wettbewerbserheblich sind oder nachrangig erscheinen, denn zur Vollständigkeit und damit zur vollständigen Vergleichbarkeit gehört, dass hinsichtlich jeder Position des Leistungsverzeichnisses alle zur Kennzeichnung der angebotenen Leistung geeigneten Pa-

parameter bekannt sind (BGH, Beschl. vom 18.2.03 – X ZB 43/02). Diesen Vorgaben entspricht es nicht, wenn bereits das ... geforderte Typenblatt oder eine entsprechende Angabe nicht beigelegt wurde. Dass die Verdingungsunterlagen zu dieser Position, wie die Antragstellerin meint, aus Sicht der Bieter, auf deren objektiven Empfängerhorizont maßgebend abzustellen ist (BGH, Urteil vom 10.6.08 - X ZR 78/07), missverständlich gewesen sein sollen, ist nicht nachvollziehbar. Denn neben dem Satz: „Die vorgesehene Konstruktion ist mit Typenblatt, Zeichnung o.ä. anzugeben“ noch einmal besonders abgesetzt der Klammerzusatz „Vom Bieter anzugeben“. Als überraschende Forderung ist der Zusatz an dieser Stelle nicht anzusehen. Dementsprechend haben auch die Antragstellerin und zwei weitere Bieter die geforderten Typenblätter beigelegt.

Das Argument, dass die geforderte Angabe von ganz untergeordneter Bedeutung sei und daher vernachlässigt werden könne, vermag im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Gleichbehandlung und Transparenz gerade beim Vergleich mit den bei anderen Bietern fehlenden - ebenso unbedeutenden - Angaben nicht zu überzeugen.

c) Soweit die Antragsgegnerin den Gleichbehandlungsgrundsatz (97 Abs. 2 GWB) bei der Eignungsprüfung insoweit nicht hinreichend beachtet hat, als sie andere Bieter im Vergleich zur Beigeladenen bei der Eignungsprüfung nach unterschiedlichen Maßstäben bewertete, ist die Antragstellerin durch diesen Umstand nicht in ihren Rechten betroffen. Der Vorwurf, dass das Referenzobjekt des Bieters an Rangstelle 2 zu Unrecht nicht anerkannt wurde, weil sein Beitrag an der Errichtung des Bauwerks nur etwa 70% betrug, während beim Referenzobjekt der Beigeladenen die Erstellung in Arbeitsgemeinschaft mit einem ideellen Leistungsanteil von 50% als hinreichend anerkannt worden sei, beeinträchtigt die Interessen der Antragstellerin nicht. Denn eine Korrektur dieser Bewertung würde ihre Stellung im Verfahren nicht verbessern. Der Antragsteller im Vergabenausschreibungsverfahren hat auch keinen Anspruch auf eine allgemeine Rechtmäßigkeitsprüfung, die unabhängig von einer subjektiven Rechtbeeinträchtigung vorzunehmen wäre. Denn das Vergabenausschreibungsverfahren dient dem individuellen Bieterschutz und nicht der allgemeinen Rechtsaufsicht oder Rechtskontrolle (OLG Karlsruhe, Beschl. vom 24.7.07 – 17 Verg 6/07; OLG Rostock, Beschl. vom 16.1.08 – 17 Verg 3/07; Beschl. vom 5. 7.06 – 17 Verg 7/06).

3. Soweit die Antragsgegnerin im Nachhinein während des Vergabeverfahrens Aufklärung betrieb und Unterlagen nachforderte, kann dies im Ergebnis ebenfalls keinen Anspruch der Antragstellerin auf Wiederholung des Verfahrens oder Ausschluss der Beigeladenen begründen.

a) Die nachgeholte Angebotsaufklärung ist insofern nicht grundsätzlich zu beanstanden, als der Auftraggeber bis zur Zuschlagserteilung seine Eignungsprüfung überprüfen und revidieren kann, wenn hierfür Anlass besteht. Denn Umstände, welche die Leistungsfähigkeit des

Bieters betreffen, hat der Auftraggeber bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens, also bis zur rechtswirksamen Zuschlagserteilung, zu berücksichtigen (OLG Düsseldorf, Beschl. vom 19.9.02 – Verg 41/02). Er muss dann gegebenenfalls allen Bietern die gleiche Möglichkeit geben, die entsprechenden Informationen nachzuliefern.

Im Übrigen spricht für die Nachholbarkeit von Erwägungen im laufenden Nachprüfungsverfahren zum einen die entsprechende Möglichkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, unterlassene oder fehlerhafte Ermessenserwägungen oder Beurteilungen zu korrigieren (§ 114 Satz 2 VwGO). Hintergrund ist die Überlegung, dass eine Behörde dann keine Entscheidung neu zu treffen haben soll, wenn die neu Entscheidung im Ergebnis nicht anders ausfallen kann. In diesem Fall soll die Behörde fehlerfreie Erwägungen noch im Anfechtungsverfahren auch aus Gründen der Effektivität und Beschleunigung nachschieben können, ohne den rechtskräftigen Abschluss eines Verwaltungsverfahrens abwarten zu müssen. Diese Überlegungen gelten auch im Nachprüfungsverfahren, das einen Interessenausgleich zwischen dem Anspruch des unterlegenen Bieters auf faire und transparente Behandlung einerseits und der Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur ordnungsgemäßen und wirtschaftlichen Aufgabenerledigung andererseits herbeizuführen hat (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, § 97 GWB, Rn 496/1 im Anschluss an OLG Düsseldorf, Beschl. vom 26.11.08 – VII Verg 54/08). Bei Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte wäre es bloße Förmerei und würde zu unnötigen Verzögerungen führen, wenn die Vergabestelle eine inzwischen korrigierte Entscheidung aus rein formalen Gründen ohne anderes Ergebnis noch einmal zu treffen hätte (Weyand a.a.O.).

b) Anders stellt sich die Beurteilung der Nachforderung von Unterlagen dar, die zwingend mit dem Angebot vorzulegen waren. Die Antragsgegnerin hat die Mängel der Angebote im Laufe des Nachprüfungsverfahrens zu korrigieren versucht, indem sie den Leistungsanteil der Beigeladenen an dem Referenzobjekt aufklärte und parallel dazu der Antragstellerin „vorsorglich“ Gelegenheit gab, die fehlende Erklärung der Konzernmutter beizubringen.

aa) Wie die Antragsgegnerin selbst zu Recht ausführt, kann ein nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A vorgenommener zwingender Ausschluss ohne Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) nicht dadurch zurückgenommen werden, dass dem Bieter einfach Gelegenheit gegeben wird, den zum Ausschluss führenden Mangel im selben Vergabeverfahren zu beheben. Eine Nachholung der mit dem Angebot abzugebenden Erklärungen kommt nicht in Betracht, da ein transparentes und die Bieter gleich behandelndes Verfahren nur mit in jeder Hinsicht vergleichbaren Angeboten zu erreichen ist (BGH, Urteil vom 18.9.07 – X ZR 89/04). Andernfalls würden alle Bieter, die in diesem Punkt ein korrektes Angebot abgegeben haben, benachteiligt. Dies wird insbesondere deutlich, wenn man sich

vergegenwärtigt, dass –wie hier - ein Bieter, der zu Recht ausgeschlossen wurde, durch Heilung des von ihm zu vertretenden, im Verfahren nicht behebbaren Mangels in die Lage versetzt würde, mit dem günstigsten Angebot in die weitere Wertung zu treten, während andere Bieter, die sich insoweit ausschreibungsgemäß und verhalten haben, keine Gelegenheit zur vorteilhaften Änderung ihres Angebots erhielten. Deshalb kann die bloße Nachbesserung aller Fehler, wie sie von der Antragsgegnerin während des Verfahrens betrieben worden ist, nicht zu einer vergaberechtskonformen Verhinderung der geschädigten Interessen führen. Die damit verbundene Verzögerung des Vergabeverfahrens ist nicht zu vermeiden.

Schließlich verbietet § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A die Nachforderung von im Angebot nicht vorgelegter zwingend geforderter Nachweise und Erklärungen. Danach darf der Auftraggeber sich bei Ausschreibungen nur über die vorgelegten Angebote unterrichten, denn die Absicht der Antragsgegnerin der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, verletzt im Ergebnis den Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 2 GWB. Eine Weiterführung des Verfahrens ist ohne Verletzung des Transparenzgebots (§ 97 Abs. 1 GWB) nicht mehr möglich.

bb) Da die Antragsgegnerin aber die fehlenden Unterlagen, die zum zwingenden Ausschluss führten, lediglich „vorsorglich“ im Hinblick auf eine vermeintliche Entscheidung der Vergabekammer nachforderte, sind die Handlungen mit der Untersagung dieses Vorgehens durch die Entscheidung in den Parallelverfahren VK-B-2-31/08 und VK-B-2-32/08 ohne Rechtswirkung. Die nachgeforderten Belege sind danach ohne erneute Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht verwertbar.

cc) Mithin wäre die Antragstellerin durch eine Zuschlagserteilung an die Beigeladene in ihren Rechten nicht berührt. Eine Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter könnte wiederum ohne Wiederholung des Verfahrens unter Einbeziehung der Antragstellerin nicht erfolgen. Sie ist auch insoweit nicht in ihren Rechten verletzt.

4. Über den Hilfsantrag war nicht gesondert zu entscheiden, da dieses Begehren in der Entscheidung über den Hauptantrag enthalten ist. Wie dargelegt hat die Antragstellerin keinen Anspruch auf Ausschluss der Beigeladenen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 GWB. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren unterlegen ist. Da die Antragstellerin mit ihrem Begehren, die Wertung zu wiederholen und die Bei-

geladene von der Wertung auszuschließen, nicht durchgedrungen ist und ihre Anträge keinen damit Erfolg hatten, ist unterlegen.

Eine Kostenerstattung an die Beigeladenen ist weder im GWB noch im ergänzend heranzuziehenden Verwaltungsverfahrenrecht vorgesehen. Lediglich aus Billigkeitsgründen kann in analoger Anwendung von § 162 Abs. 3 VwGO dem erfolglosen Antragsteller die Kostenerstattung auferlegt werden (OLG Düsseldorf Beschl. vom 19.2.02 Verg 33/01, vom 12.1.2000 NZBau 2000, 155 sowie NZBau 2001, 165, 166 m.w.N.; VK Darmstadt v. 26.3.03, 69d VK-13/03). Dies kommt im Allgemeinen dann in Betracht, wenn sich der Antragsteller mit seinem Begehren ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zum Beigeladenen gestellt hat und der Beigeladene sich aktiv am Verfahren beteiligt, indem er begründete Anträge stellt oder das Verfahren sonst wesentlich fördert.

Dies war hier der Fall. Die Beigeladene hat Anträge gestellt und ist damit ein Kostenrisiko eingegangen. Die Antragstellerin hat sich bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Beigeladenen gestellt, indem sie ihr die hinreichende Eignung zur ordnungsgemäßen Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen ausdrücklich absprach und deshalb deren Ausschluss von der Wertung begehrte. Liegen diese Voraussetzungen vor, entspricht es der Billigkeit, dass der unterlegene Antragsteller auch die Kosten der Beigeladenen trägt. Auf die Frage, ob die Beigeladene das Verfahren auch wesentlich gefördert hat, kommt es dann nicht mehr an (KG, Beschl. vom 22.11.06, 2 VERG 12/05; VK Berlin, Beschl. vom 26.2.07, VK-B-2-58/06).

Für die Amtshandlungen der Vergabekammer werden gemäß § 128 Abs.1 GWB Kosten erhoben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB. Danach beträgt die Mindestgebühr 2.500 €. Die Gebühr hat die Kammer nach dem Auftragswert gemäß Angebotspreis (Angebot der Antragstellerin in Höhe von XX.XXX.XXX,XX € netto) unter Berücksichtigung ihres personellen und sachlichen Aufwandes bemessen. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes orientiert sich die Kammer an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes. Da eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat und Verfahrensbevollmächtigte beauftragt waren sowie umfangreiches Aktenmaterial auszuwerten war, bewegte sich der Verwaltungsaufwand der Vergabekammer im oberen Bereich. Unter Abwägung dieser Gesichtspunkte hält die Kammer den der Gebührentabelle entsprechenden Betrag von 6400 € für angemessen. Billigkeitsgründe für eine Ermäßigung (§ 128 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GWB) bestehen nicht.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsvertretung auf Seiten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen war notwendig. Unabhängig

davon, ob die Beauftragung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle wegen der einzuhaltenden Fristen im Nachprüfungsverfahren regelmäßig als notwendig anzuerkennen ist (OLG Naumburg, Beschluss vom 6.10.04, 1 Verg 12/04), handelt es sich hier um ein bedeutendes, insbesondere in tatsächlicher, aber auch rechtlicher Hinsicht umfangreiches, komplexes und schwieriges Nachprüfungsverfahren. Hierzu bedurfte es auf beiden Seiten einer vertieften rechtlichen Begleitung des Verfahrens durch externen Sachverstand.

Ihren Antrag nach § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB hat die Antragsgegner vor Befassung der Kammer im Verfahren innerhalb von drei Tagen zurückgenommen. Von der Erhebung von Gebühren wird daher gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB abgesehen. Die Beteiligten tragen, ebenso wie im Fall einer Antragsrücknahme (BGH, Beschl. vom 9.12.03, X ZB 14/03; Beschl. vom 25.10.05, X ZB 22/05, 24/05, 25/05, 26/05), insoweit ihre Kosten selbst.

IV

Rechtsmittelbelehrung