

Vergabekammer Berlin



Vorblatt zum Beschluss

| | |
|-----------------------|---|
| Aktenzeichen | VK B 2 – 7/11 |
| Datum des Beschlusses | 13. Mai 2011 |
| Bestandskraft | Ja |
| Vergabeart | Öffentliche Ausschreibung nach VOB/A |
| Rechtsnormen | §§ 99 Abs. 3, 101a, 101b Abs. 1 Nr. 2, 107 Abs. 2 GWB |
| Leitsätze | <ol style="list-style-type: none">1. Zur Abgrenzung von Bauauftrag und Dienstleistungsauftrag bei Arbeiten an Straßenbeleuchtungsanlagen2. Die Vergabekammer hat hinsichtlich der Frage, ob der Rechtsweg zu ihr als Nachprüfungsinstanz gegeben ist, unabhängig von der Einhaltung der Rügepflichten zu prüfen, ob der maßgebliche Schwellenwert erreicht oder überschritten ist.3. Als „andere Unternehmen“ im Sinn des § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB sind nicht solche Unternehmen anzusehen, die Gelegenheit haben, von einer Ausschreibung Kenntnis zu erlangen, aber kein Angebot abgeben.4. Wenn ein Antragsteller kein Angebot abgegeben hat, muss er im Nachprüfungsverfahren sein Interesse am Auftrag gesondert darlegen. Dies setzt voraus, dass er in substantiierter Weise vorträgt, inwieweit er die (zu Recht) geforderten Eignungsnachweise erbringen und die Leistungen zu einem angemessenen Preis anbieten könnte. |

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK - B 2 - 7/11

B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

xxx

- Antragstellerin-

Verfahrensbevollmächtigter:

xxx

gegen

xxx

- Antragsgegner-

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

wegen ... Wartung, Störungs- und Schadensbeseitigung
der öffentlichen Straßenbeleuchtungsanlagen ... Los ...

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Schramm, die hauptamtliche Beisitzerin Menger und den ehrenamtlichen Beisitzer Berndt am 13. Mai 2011 entschieden:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners trägt die Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners wird für notwendig erklärt.
4. Die Verfahrensgebühr wird auf xxx € festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner machte im Oktober 2010 die Maßnahme „Wartung, Störungs- und Schadensbeseitigung der öffentlichen Straßenbeleuchtungsanlagen ... Los ... - - als Bauauftrag nach VOB/A auf den Vergabeplattformen des Landes sowie des Bundes im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung bekannt. Dabei handelte es sich um Leistungen an elektrischen Leuchten auf Masten im gesamten Stadtgebiet, das zur Bildung von Losen in drei Regionen aufgeteilt wurde. Gegenstand waren neben den Straßenleuchten auch beleuchtete Verkehrszeichen sowie Anstrahlungen. Zu den geforderten Arbeiten gehörten die Inspektion und Prüfung aller Bauteile, Reinigung, Kontrolle der Funktionsfähigkeit, der Austausch defekter Teile und das Anbringen von Prüfplaketten sowie Störungsmeldung und Störungsbeseitigung. Des Weiteren waren nach Aufforderung Schäden zu beseitigen. Hierunter fielen laut Leistungsverzeichnis (Titel 3) alle Maßnahmen zur Wiederherstellung des Sollzustandes nach Einwirkung Dritter und Einwirkung höherer Gewalt, wie zum Beispiel Sturmschäden. Die Schadensstelle war vorher zu sichern. Die Schadensbeseitigung sollte nach Stunden abgerechnet werden.

Die Vertragslaufzeit umfasste das erste Halbjahr 2011 mit einer Option für das zweite Halbjahr.

Nach Ziffer 10 der Bekanntmachung wurden als vorzulegende Nachweise, die auf gesonder-tes Verlangen vorzulegen waren, unter anderem gefordert:

- MVAS (Fachkenntnisse zur Verkehrsicherung an Arbeitsstellen an Straßen)
- Haftpflichtversicherung
- Zulassung für Arbeiten am Niederspannungsnetz ...
- minimale Reaktionszeit von 4 Stunden bei Störungs- und Schadensbeseitigung
- Anwendung des Management-Informationssystems LM

Nach Eingang und Prüfung der Angebote erteilte der Antragsgegner am 16. Dezember 2010 den Zuschlag auf das als wirtschaftlichstes ermittelte Angebot.

Die Antragstellerin betreibt einen Meisterbetrieb des Elektrohandwerks, der beabsichtigt, überregional Niederlassungen einzurichten. Am 10. Januar 2011 übermittelte sie dem Antragsgegner ein Rügeschreiben, in dem sie vortrug, „am Rande einer Weiterbildungsveranstaltung am 7.1.2011 in ... haben wir davon Kenntnis erlangt, dass Sie Dienstleistungen für Wartung und Schadensbeseitigung von Straßenbeleuchtungsanlagen für ca. 180.000 Straßenbeleuchtungen ausgeschrieben haben und zu vergeben beabsichtigen ...“ Da es sich bei der Anzahl der Anlagen in jedem Fall um einen Auftrag oberhalb des EU-Schwellenwertes handele, habe dieser europaweit ausgeschrieben werden müssen, was bisher offenbar nicht erfolgt sei. Mit dem Schreiben forderte die Antragstellerin den Antragsgegner auf, eine europaweite Ausschreibung des Auftrags nachzuholen, damit auch sie die Möglichkeit erhalte, an dem Vergabeverfahren teilzunehmen.

Hierauf erwiderte der Antragsgegner, die Öffentliche Ausschreibung sei im Internet bundesweit sowie in einschlägigen Fachzeitschriften bekannt gemacht worden. Da es sich bei den ausgeschrieben Leistungen um Bauleistungen handele, werde der dafür maßgebliche von 4.845.000 Euro netto nicht überschritten. Ein Vergaberechtsverstoß liege nicht vor.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 25. Januar 2011 verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter. Sie trägt vor, dass sie nach entsprechenden Aufträgen an Straßenbeleuchtungsanlagen regelmäßig das Supplement zum Amtsblatt der EU durchsehe und „für die Recherche lediglich lokal angebotener – weiter entfernt gelegener – Dienstleistungen kein Augenmerk“ habe.

Sie führt näher aus, dass es sich bei den ausgeschrieben Leistungen um einen Dienstleistungsauftrag und nicht um einen Bauauftrag handele und schätzt den Auftragswert für den

Leistungszeitraum auf etwa 750.000 Euro. Damit sei der für eine EU-weite Ausschreibung hier maßgebliche Schwellenwert von 193.000 Euro eindeutig überschritten. Allein die Wahl der falschen Verdingungsordnung verletze die Antragstellerin in ihren Rechten auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Denn sie sei dadurch von der Kenntnisnahme der Ausschreibung und von einer Angebotsabgabe abgehalten worden. Ihr drohe daher ein Schaden.

Die Antragstellerin beantragt in der Hauptsache,

1. im bezeichneten Vergabeverfahren den erteilten Zuschlag für nichtig zu erklären,
2. bei fortbestehendem Beschaffungswillen den Antragsgegner zu verpflichten, den Auftrag unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu auszuschreiben,
3. hilfsweise, für den Fall der Erledigung des Zuschlags, durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist,
4. hilfsweise, unabhängig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hinzuwirken (§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB),
5. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
6. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. die Anträge zurückzuweisen,
2. die Verfahrenskosten und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners der Antragstellerin aufzuerlegen.
3. die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners festzustellen,

Er hält den Antrag für offensichtlich unzulässig, weil die Antragbefugnis fehle und die Antragstellerin die Wahl der Verfahrensart nicht rechtzeitig gerügt habe.

Seiner Ansicht nach wäre die Antragstellerin auch in einem europaweiten Verfahren nicht in der Lage gewesen, ein Angebot zu den ausgeschriebenen Leistungen abzugeben, da ihr Betrieb laut Handelsregisterauszug und Internetauftritt nach ihrem Unternehmensgegenstand gar nicht auf derartige Arbeiten eingerichtet sei. Ihr Leistungsspektrum korrespondiere damit in keiner Weise. Somit könne sie nicht die zur Durchführung des Auftrags erforderliche Eignung vorweisen. Der Antragsgegner bezieht sich dabei insbesondere auf die in der Bekanntmachung angegebenen Nachweise der Fachkenntnisse zur Verkehrsicherung, der Zulassung für Arbeiten am Niederspannungsnetz sowie der Reaktionszeit bei Störungs- und Schadensbeseitigung. Aus der Selbstbeschreibung der Antragstellerin sei auch nicht ersichtlich, ob sie bislang überhaupt Leistungen an Straßenbeleuchtungsanlagen im öffentlichen Straßenland erbracht habe.

Außerdem habe der geltend gemachte Verstoß gegen Vergabevorschriften bis zum Fristablauf für die Angebotsabgabe gerügt werden müssen, weil er aus der Bekanntmachung zu erkennen gewesen sei. Der Antragstellerin sei es zuzumuten gewesen, jedenfalls die national und international leicht zugängliche elektronische Vergabepattform des Bundes (www.bund.de) zu nutzen. Damit sei die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen präkludiert.

Dem entgegnet die Antragstellerin, sie sei als ein für Elektroarbeiten zugelassenes Unternehmen zur erwerbsmäßigen Erbringung der nachgefragten Leistung berechtigt und in der Lage.

Ein überregionales Engagement lohne sich nur bei entsprechenden Auftragswerten. Daher lasse sie seit xxx extern durch die Wirtschaftsberatungsfirma C nach „überregionalen ober-schweligen Leistungen“ recherchieren und erhalte dazu 14-tägig Mandanteninformationen.

Sie bekundet, dass sie bei einem ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahren in der Lage wäre, alle, auch die vom Antragsgegner genannten, Eignungsnachweise vorzulegen. Sie verwehre sich aber gegen eine vorgezogene Eignungsprüfung. Die entsprechenden Erklärungen und Nachweise dürften nur und ausschließlich während des Vergabeverfahrens nach Aufforderung erfolgen.

Unabhängig davon habe sie nach § 15 EG VOL/A schlicht und einfach einen Anspruch auf europaweite Bekanntmachung und Einhaltung der Vergabevorschriften.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin hinsichtlich der allgemein zugänglichen Informationen zur Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen Akteneinsicht gewährt.

Der Antragstellerin ist Gelegenheit gegeben worden, zu den Fragen Stellung zu nehmen, aus welchen Gründen sie sich an einer Angebotsabgabe gehindert sah und inwieweit sie dazu in der Lage war, ein zuschlagsfähiges Angebot abzugeben.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Vergabeakten und die Verfahrensakte verwiesen.

Die Entscheidung ergeht nach Lage der Akten.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

1. Die Voraussetzungen der §§ 97 ff. GWB, die eine Nachprüfung durch die Vergabekammer begründen, liegen vor. Insbesondere handelt es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um einen Dienstleistungsauftrag (§ 99 Abs. 4 GWB), der den Schwellenwert von 193.000 Euro (seit dem 1.1.2010) nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 2 VgV überschreitet.

a) Da die Zuständigkeit der Vergabekammer nach objektiven Kriterien unabhängig vom Vorbringen der Beteiligten zu beurteilen ist (OLG Düsseldorf Beschl. v. 14.4.10 – Verg 60/09), war die Befolgung etwaiger Rügepflichten in diesem Zusammenhang nicht maßgebend. Die Vergabekammer hat hinsichtlich der Frage, ob der Rechtsweg zu ihr als Nachprüfungsinstanz gegeben ist, allein zu prüfen, ob der maßgebliche Schwellenwert erreicht oder überschritten ist (OLG Düsseldorf a.a.O.; Beschl. v. 20.6.01 – Verg 7/01; OLG Stuttgart, Beschl. v. 12.8.02 – 2 Verg 9/02; OLG Thüringen, Beschl. v. 22.11.2000 – 6 Verg 8/00). Der geschätzte Auftragswert für die ausgeschriebenen Lose lag hier unstreitig deutlich über dem maßgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge und weit unter dem Schwellenwert für Bauaufträge (von 4.845.000 Euro). Die Anwendbarkeit der Vorschriften über das Nachprüfungsverfahren hing somit davon ab, ob es sich bei den zu vergebenden Leistungen um einen Dienstleistungsauftrag handelt.

b) Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist der Auftrag nicht als Bauauftrag, sondern als Dienstleistungsauftrag einzustufen.

aa) Nach § 99 Abs. 3 GWB sind Bauaufträge entweder Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- und Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

Zur Ausführung eines Bauvorhabens zählen alle Arbeiten, die für ein Bauwerk oder an einem solchen erbracht werden, wie sie sich zum Beispiel aus dem "Verzeichnis der Berufstätigkeit im Baugewerbe entsprechend dem Allgemeinen Verzeichnis der wirtschaftlichen Tätigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft (NACE)" ergeben, das als Anhang I Bestandteil der Vergabekoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 2004/18/EG) geworden ist. Hieraus hervorgegangen

ist das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV), das inzwischen in der Version 2008 vorliegt. Zu den dort aufgeführten Bauarbeiten zählt die „Installation von Straßenbeleuchtungsanlagen“ (CPV Code 45316110-9, ABl. EU v. 15.3.2008 L 74/161). Unter CPV Code 5023000-6 „Reparatur, Wartung und zugehörige Dienste in Verbindung mit Straßen und anderen Einrichtungen“ wird dagegen die „Wartung von öffentlichen Beleuchtungseinrichtungen und Verkehrsampeln“ (CPV Code 50232000-0) sowie „Wartung von Straßenbeleuchtungen“ (CPV Code 50232100-1) ausdrücklich genannt.

Diese Differenzierung entspricht auch dem gewachsenen Begriff der Bauleistungen im Sinn des § 1 VOB/A. Danach sind Bauleistungen Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Diese Arbeiten gehen regelmäßig mit fühlbaren Eingriffen in die vorhandene Bausubstanz einher (Korbion in: Ingenstau/Korbion VOB Komm. § 1 VOB/A Rn 22). Dabei wird davon ausgegangen, dass alle Arbeiten im Zusammenhang mit der Neuerrichtung eines Bauwerks („herstellen“) Bauarbeiten sind. Ebenso sind die Änderung und die Beseitigung einer baulichen Anlage regelmäßig als Bauleistungen anzusehen, weil sie ohne Eingriff in die Substanz nicht vorstellbar sind. Dagegen kann beim Begriff Instandhaltung zwischen reinen Maßnahmen zur Erhaltung des zum bestimmungsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands (Sollzustands) und Instandsetzungen als Maßnahmen zur Wiederherstellung des Sollzustands unterschieden werden (Korbion a.a.O.). Reine Instandhaltungsmaßnahmen wie Reinigung, Pflege, Wartung oder die Beseitigung von Verschleißerscheinungen bzw. kleineren Schäden werden nach allgemeinem Verständnis aufgrund ihrer nicht oder nur sehr geringfügig in die Substanz eingreifenden Wirkung nicht als Bauleistung qualifiziert (Weyand, *ibr-online-Komm. Vergaberecht*, § 99 GWB, Rn 1154; VK Berlin, *Beschl. v. 2.6.09 – VK-B-2-12/09*; VK Bund, *Beschl. v. 31.7.06 – VK 2 – 65/06*). Unscharf ist der Begriff Reparatur, weil hierunter sowohl Wartungsarbeiten als auch Umbauarbeiten ohne wesentlichen Substanzeingriff verstanden werden kann (Korbion a.a.O.). Maßgebend für die Einordnung als Bauarbeiten wird daher immer sein, inwieweit in nennenswertem Umfang in die Substanz eines Bauwerks eingegriffen wird. Darauf, ob die Straßenbeleuchtung nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) BerlStrG zum Straßenkörper gehören, kommt es entgegen dem Vorbringen des Antragsgegners nicht an. Denn nicht alle Arbeiten an einer Straße sind zwangsläufig als Bauarbeiten anzusehen. Insbesondere dürfte beispielsweise die Straßenreinigung schwerlich als Bauleistung einzustufen sein, nur weil sie am Straßenkörper durchgeführt wird.

bb) Die ausgeschriebenen Leistungen enthalten sowohl Positionen, die nach dieser Abgrenzung als Bauarbeiten zu fassen sind, als auch Positionen, die unter Dienstleistungen fallen. So ist der Titel 1 ausschließlich als Dienstleistung anzusehen, während die Titel 2 (Störungsbeseitigung) und 3 (Schadensbeseitigung) dann Elemente von Bauleistungen enthalten, wenn sie über den Austausch defekter Bauteile hinaus Eingriffe in die Bausubstanz (beispielsweise Erdarbeiten) erforderlich machen. Hinsichtlich der Einordnung des vorliegenden Auftrags kommt es daher auf den Schwerpunkt der Auftragsleistungen an. Dabei ist in der Regel darauf an, welcher Anteil deutlich überwiegt. Ein reiner Instandsetzungsanteil von 25% rechtfertigt jedenfalls noch nicht die Annahme eines Bauauftrags (OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 18.10.06 - Verg 35/06*).

Legt man diesen Maßstab dem vorliegenden Auftrag zugrunde, so lässt sich ihr Schwerpunkt, sowohl, was Zweck und Inhalt der Arbeiten betrifft, als auch hinsichtlich ihres Anteils am Gesamtpreis, klar an den Pflege- und Wartungsarbeiten festmachen. Denn die Auftragnehmer haben routinemäßig alle Beleuchtungsanlagen auf ihre Funktionsfähigkeit zu überprüfen, die Beleuchtungskörper zu reinigen und defekte Teile auszutauschen. Reparaturen, die Erdarbeiten und im äußersten Fall auch dem Aufstellen eines neuen kompletten Beleuchtungskörpers verbunden sind, bleiben die Ausnahme. Sie machen im Durchschnitt deutlich weniger als ein Drittel der Endpreise der eingereichten Angebote aus. Deshalb sind Anteil und Bedeutung der reinen Bauarbeiten als so gering anzusehen, dass sie vorliegend allenfalls untergeordnete Nebenarbeiten sind.

Gemäß § 99 Abs. 7 Satz 2 GWB galt der zu vergebende Auftrag daher als Dienstleistung. Er hätte somit nach VOL/A im Offenen Verfahren ausgeschrieben werden müssen, weil der hierfür geltende Schwellenwert überschritten war.

c) Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Berlin folgt aus § 106a Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 GWB.

d) Einer Entscheidung der Kammer steht § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB entgegen, denn der Zuschlag wurde in dem angefochtenen Vergabeverfahren bereits vor Eingang des Nachprüfungsantrags erteilt. Mit dem hier eingeleiteten Verfahren begehrt die Antragstellerin gerade, die Unwirksamkeit dieses Zuschlags feststellen zu lassen. Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass der Auftraggeber gegen § 101 a GWB verstoßen (§ 101 b Abs. 1 Nr. 1 GWB) oder den Auftrag unberechtigter Weise ohne Beteiligung anderer an ein Unternehmen direkt vergeben hat (§ 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB). Diese Tatbestände sind jedoch hier nicht erfüllt.

aa) Einen Anspruch nach § 101 a GWB auf Information können nur „die betroffenen Bieter“ oder „Bewerber“, die nicht bereits in einem früheren Verfahrensstadium benachrichtigt wurden. Unternehmen, die sich nicht an der Ausschreibung beteiligt haben, können somit nach dem Wortlaut des § 101 a GWB keinen Antrag stellen. Die Anwendung dieser Vorschrift scheidet somit aus.

bb) Die Vorschrift des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB scheidet als Antragsgrund aus, weil das Vergabeverfahren nicht durchgeführt wurde, „ohne andere Unternehmen zu beteiligen“. Denn der Auftraggeber führte einen Wettbewerb mit mehreren Bietern nach den Regeln der VOB/A durch. Dafür, dass der Begriff „andere Unternehmen“ auch einen Kreis potentieller Bieter umfasst, die sich im Fall einer (vorschriftsgemäßen) EU-weiten Ausschreibung gemeldet hätten, gibt es nach dem Wortlaut und dem Zweck der Vorschrift keine Anhaltspunkte. Denn hierdurch sollen Verträge unberechtigter de-facto-Vergaben rückgängig gemacht, nicht aber andere Verfahrensfehler durch Vertragsaufhebung beseitigt werden. Die gegenteilige Auffassung der Vergabekammer Baden-Württemberg (Beschl. v. 21.10.09 – 1 VK 51/09) bezog sich auf den besonderen Fall, dass lediglich ein Angebot abgegeben wurde und somit faktisch keine „anderen Unternehmen“ beteiligt waren. Eine verallgemeinernde Anwendung dieser Konstellation auf alle Verfahren, in denen vergaberechtswidrig nur national statt EU-weit ausgeschrieben wurde, steht dem Wortlaut des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB entgegen. Eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt (vgl. VK Bund, Beschl. v. 1.12.2009 – VK 3 205/09).

2. Unabhängig davon fehlt der Antragstellerin auch die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB. Im Falle der Feststellung der Unwirksamkeit einer Zuschlagserteilung müssen die übrigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages vorliegen.

a) Nach § 107 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 geltend macht. Dabei hat es darzulegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Zweifellos stellt eine fehlerhaft nur national, statt EU-weit, erfolgte Ausschreibung nach VOB/A einen Verstoß gegen Vergabevorschriften dar.

aa) Interesse am Auftrag

Allerdings hat die Antragstellerin nach Auffassung der Kammer ihr Interesse am Auftrag nicht hinreichend dargelegt. Der Antragsbefugnis steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin selbst kein Angebot abgegeben hat. Hierzu ist anerkannt, dass das Interesse sich nicht zwingend nur in Form eines verbindlichen Angebots niederschlagen muss, sondern auch in anderer Weise dargelegt werden kann (EuGH, Urt. v. 12.2.04 - Rs. C-230/02).

Insbesondere wenn das Nachprüfungsverfahren dazu dienen soll, eine vergaberechtsfehlerhafte Ausschreibung zu überprüfen, die ein Unternehmen gerade an der Erstellung eines zulässigen Angebots hindert, ist die Abgabe eines Angebots oft nicht zumutbar. (BayObLG Beschl. v. 20.8.01, Verg 11701; OLG Frankfurt, Beschl. v. 28.10.03, 11 Verg 9/03).

Ein Interesse am Auftrag kann andererseits auch nicht bereits dann bejaht werden, wenn der Antragsteller kein Angebot abgibt und im Nachprüfungsverfahren lediglich erklärt, seine

Dienste anbieten zu wollen (OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.8.08 - Verg W 11/08; VK Brandenburg, Beschl. v. 9.6.09 – VK 24/09). Die bloße Behauptung eines Teilnahmeinteresses ohne substantiierte Darlegung, dass der Betrieb zur Durchführung des Auftrags in der Lage wäre und ein wettbewerbsfähiges Angebot abgeben könnte, reicht nicht aus. Dies gilt umso mehr, wenn sich der Antragsteller –wie hier- erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens meldet und erstmals einen Verfahrensfehler rügt. Andernfalls würden diejenigen Bieter schlechter gestellt, die auf das Verfahren eingelassen und ein Angebot abgegeben haben, aber bereits aufgrund unzureichender Unterlagen oder wegen des Preises nicht berücksichtigt wurden. Denn sie haben keine Möglichkeiten mehr, sich im Nachhinein auf die fehlerhafte Ausschreibung zu berufen. Darüber hinaus würde das Vergabeverfahren unnötig verzögert. Um eine reine Kontrolle von Verfahrensfehlern ohne Folgen für den Antragsteller auszuschließen, ist es daher erforderlich, dass dieser in substantiierte Weise vorträgt, inwieweit er die (zu Recht) geforderten Eignungsnachweise erbringen und die Leistungen zu einem angemessenen Preis anbieten könnte.

Hierzu hat die Antragstellerin trotz Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Einsichtnahme in die Verdingungsunterlagen keine plausiblen Tatsachen dargelegt. Sie erklärt lediglich allgemein, sie könne im Fall einer erneuten Ausschreibung alle geforderten Eignungsnachweise beibringen und die im Leistungsverzeichnis gestellten Anforderungen erfüllen. Das reicht nicht aus.

Nach § 113 Abs. 2 Satz 1 GWB haben die Beteiligten an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, wie es einem auf Förderung und raschen Abschluss des Verfahrens bedachten Vorgehen entspricht. Hierzu gehört, dass der Antragsteller zu den sein Begehren rechtfertigenden Tatsachen im Rahmen des ihm Möglichen nachvollziehbar und substantiiert vorträgt und Beweismöglichkeiten aufzeigt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.8.01 - Verg 27/01). Die Pflicht zur Verfahrensförderung steht in Wechselwirkung zum Untersuchungsgrundsatz (§ 110 Abs. 1 GWB). Der Umfang und die Tiefe des Vortrags hängt im Einzelfall davon ab, inwieweit sich Einzelheiten des Sachverhalts den Vergabeakten entnehmen lassen. Ist ein Vorgang Bestandteil des Vergabeverfahrens und in den Akten dokumentiert, reicht die Bezugnahme hierauf aus. Beruft sich ein Beteiligter dagegen auf außerhalb des Verfahrens liegende Umstände, hat er diese in vollem Umfang darzulegen und zu beweisen.

Da der Antragsgegner die Eignung der Antragstellerin bestreitet, für den ausgeschriebenen Auftrag ein wettbewerbsfähiges Angebot abzugeben, hätte diese mit einem entsprechenden Tatsachenvortrag erwidern müssen und solches Vorbringen nicht einem angestrebten künftigen Vergabeverfahren überlassen dürfen. Das Interesse am Auftrag konnte sie damit nicht belegen.

bb) Kein drohender Schaden

Die Antragstellerin konnte im Übrigen nicht hinreichend darlegen, inwieweit ihr durch die fehlende europaweite Ausschreibung nach VOL/A ein Schaden droht.

Ein Unternehmen, das ohne Abgabe eines Angebots ein Nachprüfungsverfahren einleitet, ist nur antragsbefugt, soweit es hinreichend darlegt, dass es ihm durch die gerügten Vergabe-rechtsverstöße verwehrt war, überhaupt ein rechtmäßiges Angebot abzugeben. (BayObLG Beschl. v. 20.8.01, Verg 11701; OLG Frankfurt, Beschl. v. 28.10.03, 11 Verg 9/03; VK Berlin, Beschl. v. 4.5.09 – VK-B-2 5/09;).

Ein solcher Umstand, der die Antragstellerin an der Angebotsabgabe gehindert hätte, ist hier nicht erkennbar.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, sie habe wegen der fehlenden Ausschreibung im Amtsblatt der Europäischen Union nicht rechtzeitig von dem Auftrag Kenntnis erlangt und habe sich daher nicht bewerben können, ist dies für ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland nicht nachvollziehbar. Die Pflicht zur europaweiten Ausschreibung hat den Zweck, einen grenzüberschreitenden Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu ermöglichen. Er dient nicht in erster Linie dazu, inländische Unternehmen auf überregionaler Ebene von diesen Aufträgen zu informieren. Ein Bieter darf sich von vornherein nicht darauf beschränken, nur Publikationsorgane der EU zu konsultieren, wenn die Recherche in anderen Medien naheliegend, möglich und zumutbar war (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.12.09 15 Verg 5/09). So kann sich ein Unternehmen dann nicht auf die fehlende Bekanntmachung im Amtsblatt der

EU berufen, wenn der Auftrag überregional in der Fachpresse und nationalen Vergabeplattform bekannt gemacht wurde. Die Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung verletzt nicht ohne weiteres die Rechte eines (potentiellen) Bieters, wenn er auf andere Weise in die Lage versetzt wird, sich ohne besonderen Aufwand über die Vergabeabsicht zu informieren (OLG Koblenz, Beschl. v. 4.2.09 – 1 Verg 4/08). Als Bekanntmachung ist nämlich jede an den einschlägigen Vergabevorschriften (§ 12 VOL/A, § 12 VOB/A) orientierte Form der Veröffentlichung (KG, Beschl. v. 17.10.02 – 2 KartVerg 13/02). Sofern sich ein Unternehmen mit seiner Auftragsrecherche auf ein Publikationsorgan beschränkt, trägt er selbst das Risiko für dadurch entgangene Informationen (OLG Düsseldorf Beschl. v. 15.1.09 – Verg 77/08).

Der Antragsgegner hat den Auftrag bundesweit auf der Vergabeplattform des Bundes veröffentlicht (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A), so dass er für die Antragstellerin auf diesem Wege ohne Weiteres zugänglich war. Es war an ihr, sich – bei Interesse an entsprechenden Aufträgen - diese naheliegende Möglichkeit, sich bundesweit über Ausschreibungen zu informieren, zu nutzen.

Der Einwand, um ein lohnendes Auftragsvolumen herauszufiltern, sei nur die Recherche bei den EU-weiten Ausschreibungen in Betracht gekommen, vermag die Kammer nicht hinreichend zu überzeugen. Denn für die Anwendung des europäischen Vergaberechts ist die jeweilige Gesamtvergütung maßgebend (§ 3 Abs. 1 VgV). In deren Rahmen müssen auch Einzelaufträge im Amtsblatt der EU bekannt gemacht werden, wenn sie für sich genommen unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes liegen. Umgekehrt ist dagegen bekannt, dass alle EU-weit ausgeschriebenen Aufträge auch national bekannt gemacht werden. Die Antragstellerin war mithin durch den Vergaberechtsverstoß nicht an der Angebotsabgabe gehindert.

b) Rügepflicht

Auf die Frage, ob hier für die Rechtzeitigkeit der Rüge die positive Kenntnis von dem Ausschreibung oder die Erkennbarkeit des Fehlers aus der Verdingungsordnung maßgebend ist, kommt es nicht mehr an.

3. Die Einsicht in Teile Vergabeakten (Bekanntmachung und Verdingungsunterlagen) wurde gemäß § 111 Abs. 1 und 2 GWB gewährt, da insoweit eine Versagung nicht aus wichtigem Grund geboten war.

4. Die Entscheidung konnte ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten ergehen, weil der Antrag unzulässig ist (§ 112 Abs. 1 Satz 3 2. Alt. GWB).

III.

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 128 GWB.

1. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren unterlegen ist. Im Verfahren ist der Antragstellerin unterlegen. Sie hat damit die Kosten des Verfahrens zu tragen.

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 EUR. Die Gebühr hat die Kammer nach dem Auftragswert (geschätzt nach Vergabeakten xxx EUR) 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 (Stand: Dezember 2009). Danach ermittelt sich ein Betrag von xxx Euro. Da eine mündliche Verhandlung entfallen konnte, hat sich der Aufwand verringert. Die Kammer hält eine Gebühr von xxx EUR für angemessen. Billigkeitsgründe für eine weitere Ermäßigung (§ 128 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GWB) bestehen nicht.

2. Die Antragstellerin ist verpflichtet, die entstandenen Auslagen der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners zu tragen. Die Auslagen waren notwendig gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschl. v. 9.2.11 - 13 Verg 17/10). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner in den konkreten Umständen des Falles selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169, 131).

Grundsätzlich muss der Auftraggeber in einem Fall, in dem sich die Streitpunkte auf auftragsbezogene Fragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentrieren, die erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse in seinem Aufgabenkreis organisieren und bedarf auch im Nachprüfungsverfahren keines anwaltlichen Bevollmächtigten (OLG Brandenburg, Beschl. v. 11.12.07, Verg W 6/07). Treten dagegen weitere, nicht einfach gelagerte Rechtsfragen hinzu, kann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig sein (OLG Celle, Beschl. v. 9.2.11 - 13 Verg 17/10).

Hier hat sich die Auseinandersetzung vor allem auf nicht alltägliche Fragen der Zulässigkeit, nicht aber auf Einzelheiten der konkreten Auftragsdurchführung konzentriert. Hierbei handelte es sich zum größten Teil um komplexe verfahrensrechtliche Problemstellungen, die gerade nicht den Auftragsgegenstand selbst betreffen. Um zu diesen besonderen Gesichtspunkten, die nicht zum Alltagsgeschäft der zuständigen Vergabestelle gehören, differenziert Stellung zu nehmen, muss der Auftraggeber auch unter Berücksichtigung der Beschäftigtenzahl und des Umfangs der zu erteilenden öffentlichen Aufträge kein zusätzliches Personal vorhalten. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts war daher notwendig.

IV. Rechtsmittelbelehrung

Vorsitzender