



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 75/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Antragstellerin -

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Daferner auf die mündliche Verhandlung vom 16. August 2016 am 19. August 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) und die der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe:

Die Antragstellerin (ASt) macht geltend, das Angebot der Beigeladenen (Bg) sei als unangemessen niedrig auszuschließen.

I.

1. Der [...] machte [...] eines offenen Verfahrens gemeinschaftsweit bekannt. Gegenstand des Auftrags ist insbesondere die Herstellung von zwei Baugruben für benachbarte Gebäude, die Entsorgung der anfallenden Erdmassen und die Wiederverfüllung nach der bauseitigen Erstellung der Untergeschosse [...]. Die Ausführung der Arbeiten soll bis zum 30. Oktober 2018 abgeschlossen werden.

Dem Angebotsaufforderungsschreiben (Formblatt 211 EU) zufolge waren seitens der Bieter dem Angebot – soweit erforderlich – diverse Unterlagen beizufügen, darunter die der Preisermittlung dienenden Formblätter 221 bzw. 222 und das Formblatt 235, d.h. das Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen.

Alleiniges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis.

Die Angebotsabgabefrist endete am 26.4.2016. Neben der ASt und der Beigeladenen (Bg) gaben acht weitere Bieter Angebote ab.

Nach dem Ergebnis der Submission liegt das Angebot der Bg auf dem ersten Rang ([...]), gefolgt von dem Angebot der ASt ([...]). Beide Angebote weichen deutlich vom Durchschnittswert aller abgegebenen Angebote ([...]) und der Kostenschätzung der Ag ab.

Die Ag forderte mit E-Mail vom 10. Mai 2016 sowohl die ASt als auch die Bg zur Vorlage diverser Unterlagen auf, u.a. des Formblatts 223 (Aufgliederung der Einheitspreise) auf. Die ASt antwortet hierauf mit E-Mail vom 12. Mai 2016. Mit E-Mail vom 20. Mai 2016 forderte die Ag beide Bieter im Rahmen der Angebotsaufklärung zu einer näheren Erläuterung ihrer Angebote auf. ASt und Bg beantworteten die an sie gerichteten Fragen.

In dem Vergabevorschlag vom 14. Juni 2016 (ebenda Rn. 3.3.3 – Wirtschaftliche Prüfung) hielt die Ag fest, dass die beiden Angebote aufgrund eines Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung auszuschließen seien.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2016 informierte die Ag die ASt gem. § 101a GWB a.F., dass deren Angebote nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 2 VOB/A a.F. auszuschließen seien und daher nicht für eine Zuschlagserteilung in Betracht kämen. Nach erfolgloser Rügeerhebung stellte die ASt mit anwaltlichem Schreiben vom 23. Juni 2016 bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag (VK 2 – 55/16). Im Nachgang zu der am 19. Juli 2016 stattgefundenen mündlichen Verhandlung teilte die Ag in einem Schreiben vom 21. Juli 2016 mit, das Angebot der ASt nicht wegen Unauskömmlichkeit auszuschließen, sondern in der weiteren Wertung zu belassen. Daraufhin erklärte die ASt das Nachprüfungsverfahren (VK 2 – 55/16) für erledigt.

Die Entscheidung der Ag, auch das Angebot der Bg als unauskömmlich auszuschließen, war Gegenstand eines Parallelverfahrens (VK 2- 57/16). Nachdem die Ag in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll erklärt hatte, das Angebot der Bg in der Wertung zu belassen, erklärte die Bg mit Schreiben vom 25. Juli 2016 das Verfahren (VK 2 – 57/16) ebenfalls für erledigt.

Am 21. Juli 2016 informierte die Ag die ASt über ihre Absicht, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Der hiergegen gerichteten Rüge der ASt vom 22. Juli 2016 half die Ag in ihrem Antwortschreiben vom 25. Juli 2016 nicht ab.

2. Mit einem am 27. Juli 2016 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.
 - a) Die ASt macht in ihrem Nachprüfungsantrag geltend, das Angebot der Bg sei nach § 16 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A a.F. auszuschließen. Sie sei seit rd. 28 Jahren auf dem relevanten Markt tätig, verfüge daher über eine ausgezeichnete Marktkenntnis. Diese lasse es als ausgeschlossen erscheinen, dass ein Angebot, das rd. 22 % preiswerter sei als das eigene Angebot, auskömmlich kalkuliert worden sei. Ein Angebot mit einem derart großen Preisabstand zum zweitplatzierten Bieter sei darauf angelegt, nicht nur den Auftraggeber im Rahmen der Bauausführung zu übervorteilen, sondern auch die Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Das der Ag im Rahmen des § 16 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A a.F. zuzubilligende Ermessen sei daher auf Null reduziert.

Daneben tritt die ASt der von der Ag im Schriftsatz vom 29. Juli 2016 vertretenen Auffassung entgegen, ihr eigenes Angebot sei auszuschließen. Die ASt habe die Nachunternehmerleistungen korrekt angegeben. Alle Leistungen, die nicht im Nachunternehmer-Verzeichnis aufgeführt worden seien, würden von der ASt selbst ausgeführt.

Es liege auch keine unzulässige Mischkalkulation vor. Soweit die Ag ihre gegenteilige Annahme auf eine Formulierung in einem Schriftsatz der ASt zum vorangegangenen Nachprüfungsverfahren (VK 2 – 55/16) stütze, habe sie bereits mit Schriftsatz vom 18. Juli 2016 die Kalkulation der Transportleistungen näher erläutert.

Die ASt beantragt,

1. die Ag anzuweisen, die Rechtmäßigkeit des Verfahrens wiederherzustellen,
 - a. insbesondere die Ag zu verpflichten, der Bg den Zuschlag nicht zu erteilen,
 - b. die Bg vom Vergabeverfahren auszuschließen und
 - c. die verbliebenen Angebote neu zu werten und die Bieter über das Ergebnis gem. § 101a GWB a.F. erneut zu unterrichten,
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
3. der Ag die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt, aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen.

Die Ag äußert Zweifel an der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags. Antragsbefugt sei ein Antragsteller dann, wenn er eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen könne. Die Vorschrift des § 16 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A a.F., auf deren Verletzung die ASt sich berufe, sei jedoch nicht bieterschützend. Die Vorschrift diene primär dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers. Dieser solle davor geschützt werden, den Zuschlag auf ein unauskömmliches Angebot zu erteilen. Eine drittschützende Wirkung sei § 16 EG Abs. 6 Nr.1 VOB/A a.F. allenfalls dann zuzubilligen, wenn das unauskömmliche Angebot in Marktverdrängungsabsicht abgegeben worden sei oder der Bieter aufgrund des unauskömmlichen Angebots auszufallen oder schlecht zu leisten drohe. Hierfür habe die Ag jedoch nichts vorgetragen. Im Gegenteil. In den am 19. Juli 2016 stattgefundenen mündlichen Verhandlungen (Verfahren VK 2 – 55/16 sowie VK 2 – 57/16) sei von beiden Verfahrensbeteiligten unabhängig voneinander vorgetragen worden, der relevante Markt sei wettbewerbsintensiv.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet.

Die Ag habe die Auskömmlichkeit des Angebots der ASt sorgfältig geprüft, sei daher der sich aus § 16 EG Abs. 6 Nr. 2 VOB/A a.F. ergebenden Prüfpflicht nachgekommen. Die aufgrund der Prüfung gewonnenen Erkenntnisse seien Gegenstand des vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens (VK 2 – 57/16) gewesen. Die Vergabekammer habe in der mündlichen Verhandlung am 19. Juli 2016 deutlich gemacht, dass das Angebot der Bg nicht als unauskömmlich auszuschließen sei. Daher habe sie, die Ag, sich entschieden, das Angebot der Bg nicht auf der dritten Stufe aus der Wertung zu nehmen.

Ungeachtet dessen sei der Nachprüfungsantrag auch deshalb unbegründet, weil das Angebot der ASt auszuschließen sei. Die ASt habe nämlich unklare Angaben zu Art und Umfang des beabsichtigten Einsatzes von Nachunternehmen gemacht. Die Angaben, welche die ASt im Formblatt 221 zur Höhe des Anteils der Nachunternehmerleistungen gemacht habe, wichen ganz erheblich von den im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren (VK 2 – 55/16) gemachten Angaben ab.

Das Angebot der ASt sei ferner unter dem Gesichtspunkt der Mischkalkulation auszuschließen. In ihrem Nachprüfungsantrag vom 25. Juni 2016 habe die ASt erklärt, dass wesentliche Teile der Leistung die Entsorgung von Erdaushub und die Lieferung von neuem Material sei; die anfallenden Transportkosten seien in der Position Entsorgung einkalkuliert

worden. Damit habe die ASt selbst eingestanden, bei den mehreren Positionen nicht den wirklichen Preis angegeben zu haben.

- c) Die mit Beschluss vom 28. Juli 2016 zum Verfahren hinzugezogene Bg beantragt,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen,
 3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Bg für notwendig zu erklären,
 4. Akteneinsicht in den Vergabevermerk der Ag zu den die ASt betreffenden Ausschlussgründen.

Die Bg schließt sich der Auffassung der Ag an, dass die ASt nicht antragsbefugt sei, soweit sie ihren Nachprüfungsantrag auf § 16 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A a.F. stütze. Diese Vorschrift sei grundsätzlich nicht drittschützend. Eine drittschützende Wirkung könne der Vorschrift allenfalls dann zugestanden werden, wenn ein Unterkostenangebot in Marktverdrängungsabsicht abgegeben worden oder die Gefahr zu besorgen sei, dass der Bieter selbst gerade wegen des Unterkostenangebots leistungsunfähig werde. Hierfür habe die ASt nichts vorgetragen bzw. vortragen können, da diese Gefahr nicht bestehe.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Angebot der Bg sei auskömmlich kalkuliert. Diese Frage sei bereits Gegenstand des vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens (VK 2 – 57-16) gewesen. Ausweislich des Protokolls zur mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer am 19. Juli 2016 habe die Ag noch im Termin erklärt, das Angebot der Bg in der Wertung zu belassen.

Ungeachtet dessen könne der Nachprüfungsantrag auch deshalb keinen Erfolg haben, weil das Angebot der ASt nach den Feststellungen der Ag auszuschließen sei. Zum einen wegen falscher bzw. unklarer Angaben zum Umfang des Einsatzes von Nachunternehmern (§ 16 EG Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 VOB/A a.F.), zum anderen aufgrund einer Mischkalkulation (§ 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A a.F.).

- d) Der ASt und der Bg ist Akteneinsicht in die fortgeschriebene Vergabeakte im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB a.F.) gewährt worden, nachdem ihnen bereits in den vorangegangenen Nachprüfungsverfahren (VK 2 – 55/16 und VK 2- 57/16) Akteneinsicht gewährt worden war. In der mündlichen Verhandlung vom 16. August 2016 hatten die Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf

die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist als unzulässig zu verwerfen.

1. Zwar sind die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb des für Bauaufträge maßgeblichen Schwellenwerts, erfüllt.

Die [...] tätige Ag ist eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB a.F.. Alleingesellschafterin der Ag ist die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das [...]. Die Ag ist zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Wesentliche Aufgabe der Ag ist es, wissenschaftlich im Bereich der angewandten, nachhaltigkeits- und technologieorientierten Forschung [...].

2. Auch den sich aus § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. ergebenden Rügeobliegenheiten hat die ASt genügt. Gegen die Information (§ 101a GWB a.F.) vom 21. Juli 2016, den Zuschlag auf das Angebot der erstplatzierten Bg erteilen zu wollen, brachte die ASt durch ihre Verfahrensbevollmächtigten am 22. Juli 2016 eine Rüge an.
3. Das Nichtabhilfe-Schreiben der Ag vom 25. Juli 2016 nahm die ASt zum Anlass, mit einem per Fax am 27. Juli 2016 bei der Vergabekammer eingegangenen Schriftsatz einen Nachprüfungsantrag zu stellen, Die Rechtsbehelfsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. ist daher gewahrt.
4. Die ASt ist jedoch nicht antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB a.F.).

Die Antragsbefugnis ist gegeben, wenn ein Unternehmen geltend macht, ein Interesse am Auftrag zu haben und in eigenen Rechten verletzt worden zu sein (§ 97 Abs. 7 GWB a.F.). Das hiernach erforderliche Interesse am Auftrag hat die ASt durch Abgabe eines Angebots und den gegen die Wertungsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag hinreichend dokumentiert. Die ASt hat jedoch nicht schlüssig dargetan, in ihren Rechten verletzt zu sein.

a) Die ASt sieht sich dadurch in ihren Rechten verletzt, dass die Ag das Angebot der Bg nicht nach § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A a.F. ausgeschlossen hat. Die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die Aufklärungspflicht des öffentlichen Auftraggebers (§ 16 EG Abs. 6 Nr. 2 VOB/A a.F.) und das Verbot, einen Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, dessen Preis in einem offenbaren Missverhältnis zu der angebotenen Leistung steht (§ 16 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A a.F.), ein bieterschützender Charakter zukommt, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet (vgl. zum Streitstand OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. Februar 2016, VII-Verg 28/15 m.w.N.; OLG München, Beschl. v. 21. Mai 2010, Verg 02/10; Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 4. März 2016, VK 1 - 4/16, sowie Beschl. v. 10. August 2016, VK 1 - 56/16; Dicks, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. (2014), § 16 EG VOB/A a.F., Rn. 265 ff. m.w.N.). Teilweise wird unter Hinweis auf eine zu Art. 55 der Richtlinie 2004/18/EG ergangene Entscheidung des EuGH (Urt. v. 29. März 2012, C-599/10) die Auffassung vertreten, dass das Bestehen einer drittschützenden Wirkung der Norm nicht auszuschließen sei, so dass die Antragsbefugnis grundsätzlich zu bejahen sei (z.B. VK Westfalen, Beschl. v. 22. April 2015, VK 1-10/15). Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts, in welchem die ASt den Ausschluss eines Konkurrenten wegen vermeintlicher Unauskömlichkeit begehrt, ist das Urteil des EuGH allerdings unergiebig, weil in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt der ausgeschlossene Bieter selbst gegen die Ausschlussentscheidung Rechtsschutz nachsuchte (vgl. zu dieser Konstellation auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8. Juni 2016, VII-Verg 57/15). Die Antragsbefugnis des wegen eines unauskömmlichen Angebots vom Ausschluss bedrohten Bieters selbst ist nicht zweifelhaft.

Teilweise wird in Rechtsprechung und Literatur erwogen, hinsichtlich des Drittschutzes zwischen der Prüfungspflicht des öffentlichen Auftraggebers und der anschließenden Entscheidung zu differenzieren.

In Bezug auf die Prüfungspflicht des öffentlichen Auftraggebers (§ 16 EG Abs. 6 Nr. 2 VOB/A a.F.) wird die Auffassung vertreten, die Norm sei bieterschützend. Danach haben Wettbewerber einen Anspruch auf eine ordnungsgemäße Prüfung (Dicks, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, a.a.O., § 16 EG VOB/A a.F., Rn. 266). Einer Entscheidung, ob dem zu folgen ist, bedarf es vorliegend nicht. Wie sich aus dem Vermerk „Angebotswertung und Vergabevorschlag“ der [...] vom 14. Juni 2016 ergibt (Rn. 3.3.3 – Wirtschaftliche Prüfung), weisen die eingegangenen Angebote eine beträchtliche Spreizung auf. Die Ag trat in eine Preisprüfung bei einem Preisabstand von 20 % ein. In die Prüfung einbezogen hat die Ag

die Angebote der ASt und der Bg, da zwischen den Angebotspreisen der ASt und der Bg zu den jeweils nachfolgenden Bietern jeweils ein Preisabstand von mehr als 20 % besteht. Dass beide Angebote Gegenstand einer Preisprüfung waren, bestreitet die ASt nicht. Daher hat die ASt davon abgesehen, eine Verletzung der Prüfungspflicht geltend zu machen.

Die ASt stützt ihre Auffassung, das Angebot der Bg sei auszuschließen, ausschließlich auf § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A a.F.

Von einem unangemessen niedrigen Preis kann dann ausgegangen werden, wenn der angebotene Gesamtpreis derart eklatant von dem angemessenen Preis abweicht, dass die Unangemessenheit sofort ins Auge fällt. Alleine ein beträchtlicher Abstand zum nachfolgenden Angebot ist kein hinreichendes Indiz für einen ungewöhnlich niedrigen Preis. Hinzukommen müssen Anhaltspunkte, dass der Niedrigpreis wettbewerblich nicht begründet ist. Zu berücksichtigen ist, dass der Bieter grundsätzlich in seiner Kalkulation frei bleibt (OLG München, Beschl. v. 21. Mai 2010, Verg 02/10).

§ 16 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A a.F. dient nach der wohl h.M. in erster Linie dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers, der davor bewahrt werden soll, den Vertrag mit einem Anbieter abzuschließen, der aufgrund des unauskömmlichen Angebots in die Gefahr gerät, den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllen zu können (Dicks, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, a.a.O., § 16 EG VOB/A a.F. Rn. 267). Dem Schutz des Wettbewerbs kann die Norm nach wohl h.M. nur in Ausnahmefällen dienen. Ein solcher Ausnahmefall kann vorliegen, wenn das Angebot in Marktverdrängungsabsicht abgegeben wurde oder die Prognose begründet, der Bieter werde zu diesem Preis nicht über die gesamte Laufzeit des ausgeschriebenen Vertrages leistungsfähig bleiben (OLG Düsseldorf (Beschl. v. 30. April 2014, VII-Verg 41/13). Die Beweislast für eine Wettbewerbswidrigkeit bzw. Marktverdrängungsabsicht liegt bei dem öffentlichen Auftraggeber bzw. dem Wettbewerber, der sich hierauf beruft (OLG München, a.a.O.)

Ausgehend hiervon sind dem Vortrag der ASt keine Anhaltspunkte für ein wettbewerbsbeschränkendes oder unlauteres Angebot der Bg zu entnehmen. Die Besorgnis, dass die Bg aufgrund des niedrigen Preises in die Gefahr geraten könnte, den Vertrag nicht erfüllen zu können, besteht auch nach dem eigenen Vortrag der ASt nicht. Die Bg selbst hat einen Umsatz in der Größenordnung von [...] und gehört einem Konzernverbund an, so dass ihr hinreichende finanzielle Ressourcen zur Abwicklung des

Auftrags zur Verfügung stehen. Die ASt hat auch nichts dafür vorgetragen, dass für sie selbst die Gefahr besteht, ihr Unternehmen werde vom sachlich und räumlich relevanten Markt verdrängt, wenn es nicht den Zuschlag auf den streitgegenständlichen Auftrag erhalten sollte. In der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer hat sie deutlich gemacht, dass ihr Überleben im Wettbewerb nicht von dem ausgeschriebenen Auftrag abhängt.

Selbst wenn man entgegen den vorstehenden Erwägungen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bejahte, so wäre der auf die Unauskömmllichkeit gestützte Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet. Das OLG Düsseldorf hat in einer aktuellen Entscheidung deutlich gemacht, dass auf ein Unterkostenangebot der Zuschlag erteilt werden kann, wenn der Bieter mit diesem wettbewerbskonforme Ziele verfolgt und er trotz Unauskömmllichkeit die Zuverlässigkeit nachweisen kann, den Auftrag ordnungsgemäß zu erfüllen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8. Juni 2016, VII-Verg 57/15). Dies ist, wie bereits ausgeführt, der Fall. Die Verfahrensbeteiligten haben übereinstimmend vorgetragen, dass der sachlich und räumlich relevante Markt durch hohen Wettbewerbsdruck gekennzeichnet sei. Mit ihrem Angebot hat die Bg das Ziel verfolgt, die Chancen für die Auftragserteilung zu erhöhen. Die Gefahr, dass die Bg aufgrund des niedrigen Angebotspreises leistungsunfähig wird, besteht aufgrund ihres Umsatzes nicht.

- b) Da das Angebot der erstplatzierten Bg nicht nach § 16 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A a.F. auszuschließen ist, kommt es darauf, ob das Angebot der ASt wegen unzutreffender Angaben zum Nachunternehmereinsatz auszuschließen ist, nicht an.

Der Nachprüfungsantrag ist daher als unzulässig zu verwerfen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB a.F..

Die ASt als Unterliegende trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens und die der Ag sowie der Bg zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen. Die ASt hat mit ihrem Nachprüfungsantrag den Ausschluss des Angebots der Bg geltend gemacht, d.h. einen direkten und unmittelbaren Interessengegensatz gegenüber der Bg

eröffnet. Die Bg hat sich durch schriftsätzlichen Vortrag am Verfahren beteiligt, so dass es der Billigkeit entspricht, der ASt auch die Aufwendungen der Bg aufzuerlegen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg wird wegen der Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen und aufgrund des Gesichtspunktes der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt für notwendig erklärt.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.