

VK 2 – 98/06

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren des

...

- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

Gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen der Vergabe von "Maßnahmen zur Berufsausbildung in einer außerbetrieblichen Einrichtung (BaE – integratives Modell) nach § 241 (2) SGB III, Vergabenummer ..., Los 1, Regionales Einkaufszentrum ...“ hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Burchardi, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Sturhahn und die ehrenamtliche Beisitzerin Naukkarinen auf die mündliche Verhandlung vom 24. August 2006 am 1. September 2006 beschlossen:

...

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und des Beigeladenen trägt der Antragsteller.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Beigeladenen war erforderlich.

Gründe

A.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb die o.g. Berufsausbildungsleistungen zunächst im offenen Verfahren europaweit aus, hob diese Ausschreibung jedoch nach § 26 Nr. 1 Buchst. a VOL/A auf und leitete sodann ein freihändiges Vergabeverfahren ein, in dem sie die vier Bieter, die sich am offenen Verfahren beteiligt hatten, zur erneuten Angebotsabgabe aufforderte. Neben dem Antragsteller (ASt) gaben auch die drei anderen Bieter des Ausgangsverfahrens fristgemäß ein Angebot ab.

Nach Auswertung der eingegangenen Angebote teilte die Ag dem ASt mit einem bei diesem am 25. Juli 2006 eingegangenen Schreiben vom 24. Juli 2006 nach § 13 VgV mit, dass der Bg den Zuschlag erhalten solle. Das Angebot des ASt sei nicht das wirtschaftlichste. Nach der in den Verdingungsunterlagen dargelegten Berechnungsmethode gemäß UfAB III liege sein Angebot außerhalb des Kennzahlkorridors, und sein Angebotspreis übersteige den Zuschlagspreis.

Mit Schreiben vom 28. Juli 2006 rügte der Verfahrensbevollmächtigte des ASt die beabsichtigte Vergabeentscheidung. Er machte geltend, dass der Bg eine „Aus- und Fortbildungsstätte oder ähnliche Einrichtung“ im Sinne des - zumindest entsprechend anwendbaren - § 7 Nr. 6 VOL/A und deshalb bei der Vergabeentscheidung nicht zu berücksichtigen sei. Zudem habe der Bg in Bezug auf die Vergabe eine wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen. Mit Schreiben vom 1. August 2006 rügte der Verfahrensbevollmächtigte der ASt darüber hinaus, der Bg habe ein Unter-Kosten-Angebot abgegeben. Die Ag wies die Rügen mit Schreiben vom 2. August 2006 und ergänzend mit Schreiben vom 7. August 2006 als unbegründet zurück.

Mit Schreiben vom 7. August 2006 hat der ASt einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes gestellt, den diese am selben Tage zugestellt hat. Der ASt wiederholt darin insbesondere seine

mit der Rüge vorgebrachte Argumentation, aus verfassungsrechtlichen Gründen sei eine analoge Anwendung des § 7 Nr. 6 VOL/A auf den Bg geboten, da diesem staatliche Zuwendungen in erheblicher Höhe zuteil geworden seien, die ihn in die Lage versetzten, günstigere Angebote als der ASt abzugeben. Hierdurch werde in die grundrechtlich geschützte Freiheit des ASt, sich wirtschaftlich zu betätigen, eingegriffen, sofern nicht der Ausschluss des Bg vom Wettbewerb erfolge. Darüber hinaus vertritt der ASt wie bereits in der Rüge die Auffassung, der Bg habe ein nicht kostendeckendes Angebot abgegeben. Dies ergebe sich daraus, dass der Angebotspreis des Bg deutlich niedriger sein müsse als jener des ASt, da dessen Angebot außerhalb des Kennzahlkorridors liege. Der Bg könne daher nicht einmal die vom ASt näher aufgeführten Mindestkosten berücksichtigt haben. Nach Ansicht des ASt hätte die Ag dies erkennen und die Kalkulation des Bg anfordern und prüfen müssen. Eine solche Verpflichtung bestehe bereits dann, wenn das Angebot des Mindestbietenden mehr als 10 % unter dem Angebot des Nächstplazierten liege. Diese Nachprüfungspflicht ergebe sich zudem daraus, dass das neue Angebot des Bg deutlich geringer sein müsse als das im aufgehobenen Verfahren unterbreitete; die Ag habe darüber hinaus ihre eigene Kostenschätzung zu berücksichtigen und erhebliche Abweichungen hiervon aufzuklären. Der vom Bg angebotene unangemessen niedrige Preis diene dazu, den ASt und andere Mitbewerber von dem lokalen Markt, der durch die Stadt Neubrandenburg und die angrenzenden Gemeinden gebildet werde, auszuschließen.

Mit Schriftsätzen vom 17. und 22. August 2006 ergänzt der ASt seine Argumentation zum nicht kostendeckenden Charakter des Angebots des Bg u.a. durch weitere Muster-Kostenberechnungen. Dass der vom Bg geforderte Preis unangemessen niedrig sei, ergebe sich überdies auch aus dem Vergleich mit vom Bg bei ähnlichen Ausschreibungen unterbreiteten, nach Einschätzung des ASt deutlich höheren Angeboten. Zudem vertritt er die Auffassung, die Ag habe ihrer Prüfungspflicht nicht schon dadurch genügt, dass sie dem Bg den Nachprüfungsantrag des ASt mit der Bitte um Stellungnahme übersandt und sich mit dessen – aus Sicht des ASt nicht hinreichend substantiierten – Angaben begnügt habe.

Der ASt beantragt:

1. Der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag im Rahmen der Freihändigen Vergabe von Maßnahmen zur Berufsausbildung in einer außerbetrieblichen Einrichtung (BaE – integratives Modell) nach § 241 (2) SGB III, Vergabenummer ..., Los 1, an den Bieter ... zu erteilen;
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag an den Antragsteller zu erteilen;

...

3. hilfsweise für den Fall der Erledigung der Hauptsache (§ 114 Abs. 2 GWB) festzustellen, dass der Antragsteller in seinen Bieterrechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt wurde;
4. die anwaltliche Vertretung des Antragstellers für notwendig zu erklären;
5. dem Antragsteller Akteneinsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

Die Ag beantragt:

Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

Nach Auffassung der Ag unterfällt der Bg als privatrechtlich organisierte gemeinnützige Einrichtung nicht dem § 7 Nr. 6 VOL/A. Selbst wenn der Bg öffentliche Fördermittel erhalten haben sollte, mache ihn dies nicht zu einem öffentlichen Unternehmen. Eine Verletzung der Grundrechte des ASt sei nicht zu erkennen. Das Angebot des Bg enthalte überdies keinen Preis, der in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehe, vielmehr sei es nicht signifikant auffällig. Eine Nachfragepflicht setze erst bei einer Abweichung des preisgünstigsten Angebots von mehr als 20 % zum zweitplazierten Angebot ein. Im vorliegenden Fall betrage der Abstand dagegen weniger als 20 %, so dass keine Prüfpflicht nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A bestanden habe. Soweit der ASt eine Unauskömmlichkeit des Angebots des Bg i.S.d. § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A behaupte, fehle es ihm bereits an der Antragsbefugnis. Dass einer der Ausnahmefälle gegeben sein könnte, in denen diese Vorschrift drittschützenden Charakter habe, sei nicht ersichtlich, insbesondere lägen keine Anhaltspunkte für eine Verdrängungsabsicht vor. Eine Verdrängung des ASt scheitere schon daran, dass dieser im Rahmen der Ausschreibung ... in einer Vielzahl von Losen den Zuschlag erhalten habe.

Mit Beschluss vom 18. August 2006 ist der Bg zu dem Nachprüfungsverfahren hinzugezogen worden.

Der Bg beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen;
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Beigeladenen wird für notwendig erklärt;
3. Dem Antragsteller werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Beigeladenen auferlegt.

Mit Schriftsatz vom 22. August 2006 legt er dar, dass § 7 Nr. 6 VOL/A im vorliegenden Fall nicht einschlägig sei und die verfassungsrechtlichen Erwägungen des Bg kein anderes Ergebnis zu begründen vermöchten. Im übrigen habe der Bg, wie bereits in dessen Stellungnahme vom 8. August 2006 gegenüber der Ag dargelegt, keine öffentlichen Fördermittel in der von der ASt behaupteten Höhe erhalten. Entgegen der Ansicht des ASt greife auch § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A nicht ein. Es liege keiner der Ausnahmefälle vor, in denen diese Vorschrift bieterschützenden Charakter entfalte. Für eine Verdrängungsabsicht lägen keine Anhaltspunkte vor. Die vom ASt vertretene Beschränkung des räumlich relevanten Marktes auf den Maßnahmeort sei unzutreffend, eine Verdrängungsmaßnahme verspreche angesichts geringer Marktzutrittschancen keinen Erfolg, insbesondere nicht gegenüber dem ASt, der in der Ausschreibungsrunde 2006 eine Vielzahl von Aufträgen habe akquirieren können. Angesichts eines Abstands des Angebotspreises des Bg zum nächstplazierten Angebot von weniger als 20 % habe für die Ag auch keine Nachfrage- bzw. Aufklärungspflicht bestanden. Der Bg habe kostendeckend kalkuliert. Der gegenüber seinem Angebot in der aufgehobenen Ausschreibung geringere Angebotspreis sei darauf zurückzuführen, dass der Bg zwischenzeitlich die Zusage erhalten habe, die bisher angemietete Immobilie zum Maßnahmebeginn kaufen und damit die Raumkosten wesentlich absenken zu können. In einer Gegenüberstellung der Kalkulationen, die für die Angebote des Bg im aufgehobenen einerseits und im aktuellen Verfahren andererseits aufgestellt wurden, erläutert der Bg die durch den Immobilienerwerb bewirkten Kostenvorteile näher.

Der ASt wurde unter Beachtung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen teilweise Einsicht in die Vergabeakten gewährt.

Die Beteiligten hatten Gelegenheit, ihre Standpunkte in der mündlichen Verhandlung am 24. August 2006 zu erläutern.

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 28. August 2006 beantragt der ASt die Wiederaufnahme der mündlichen Verhandlung. Es bestehe der dringende Verdacht falschen Vortrags durch den Bg. Dieser berufe sich als Erklärung für die Verbesserung seiner Kostenstruktur auf den Erwerb eines bebauten Grundstücks, für dessen Nutzung er bislang Miete habe entrichten müssen. Beim Grundbuchamt seien hinsichtlich der in Frage kommenden Grundstücke jedoch keine Eigentumsübertragungen oder Auflösungen bekannt.

Der Bg erwidert hierauf mit Schriftsatz vom 29. August 2006, die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme der mündlichen Verhandlung lägen nicht vor. Der Vorwurf falschen Vortrags entbehre jeder Grundlage. Der Bg habe die Details zum Grundstücksankauf der Vergabekammer schriftlich und mündlich mitgeteilt. Im übrigen habe der § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A im vorliegenden Fall keinen bieterschützenden Charakter. Nichts deute auf eine mit dem Angebot des Bg verfolgte Verdrängungsabsicht hin, vielmehr habe der Geschäftsführer des ASt in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass es an einer Verdrängungsabsicht fehle, nur sein Anwalt habe dies geschrieben.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die von der Ag übermittelten Vergabeakten wird ergänzend Bezug genommen.

B.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

I. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1. Die Zuständigkeit der Vergabekammer ist nach § 104 Abs. 1 GWB eröffnet, da der ausgeschriebene Auftrag dem Bund zuzurechnen ist. Der Nachprüfungsantrag ist auch statthaft, da die für Dienstleistungsaufträge einschlägigen Schwellenwerte überschritten werden.
2. Der ASt hat seiner Rügeobliegenheit genügt, indem er mit Schreiben vom 28. Juli und 1. August 2006 und damit unverzüglich nach Erhalt der Mitteilung gemäß § 13 VgV vom 24. Juli 2006 die seiner Auffassung nach von der Ag begangenen Vergabefehler gerügt hat.
3. Dem ASt fehlt es auch nicht an der erforderlichen Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Er hat sein Interesse am Auftrag durch Einreichung eines Angebots dokumentiert und macht geltend, durch eine fehlerhafte Wertung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Die aus § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A resultierende Pflicht des Auftraggebers zur Überprüfung un-

gewöhnlich niedriger Angebote, auf deren Verletzung sich der ASt beruft, wird in der Rechtsprechung als bieterschützend anerkannt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23. November 2005 – Verg 66/05). Ebenso hat § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ausnahmsweise dann bieterschützenden Charakter, wenn ein unangemessen niedriges Angebot in der Absicht abgegeben wird bzw. die Gefahr begründet, die Wettbewerber vom Markt zu verdrängen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. Februar 2002 – VII-Verg 18/02). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen macht der ASt mit seinem Nachprüfungsantrag geltend. Seiner Darlegungslast, an die im Rahmen der Prüfung der Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind, hat er insoweit genügt. Es kann deshalb dahinstehen, ob der ASt auch mit seinem Vortrag, der Bg müsse entsprechend § 7 Nr. 6 VOL/A vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, die Möglichkeit einer Rechtsverletzung aufgezeigt hat, obwohl nach gefestigter Rechtsprechung (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23. März 2005 – VII-Verg 68/04; Beschl. v. 22. Juni 2006 – VII-Verg 2/06) dieser Ausschlussgrund auf Rechtssubjekte des Privatrechts wie den Bg weder unmittelbar noch analog anwendbar ist. Der ASt hat außerdem hinreichend dargelegt, dass ihm infolge der beanstandeten Verstöße ein Schaden zu entstehen droht (§ 107 Abs. 2 Satz 2 GWB). Wäre das Angebot des Bg auszuschließen, hätte der ASt gute Aussichten, den Zuschlag zu erhalten.

- II.** Der Nachprüfungsantrag erweist sich jedoch als unbegründet. Der Bg ist weder nach § 7 Nr. 6 VOL/A vom Wettbewerb auszuschließen, noch hat die Ag im Rahmen der Angebotswertung bieterschützende Pflichten nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 bzw. Abs. 3 VOL/A verletzt.
1. Die Ag hat Bieterrechte des ASt nicht dadurch verletzt, dass sie das Angebot des Bg nicht gemäß § 7 Nr. 6 VOL/A von der Wertung ausgeschlossen hat. Beim Bg handelt es sich nicht um eine öffentliche Einrichtung im Sinne dieser Vorschrift, vielmehr ist der Bg als eingetragener gemeinnütziger Verein ein Rechtssubjekt des Privatrechts. Auch die – jedenfalls was Zeitraum und Höhe angeht, bestrittene – Förderung des Bg mit öffentlichen Zuwendungen verleiht ihm nicht die Rechtsstellung einer öffentlichen Einrichtung. Der Anwendungsbereich des § 7 Nr. 6 VOL/A ist daher nicht eröffnet (vgl. insoweit etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23. März 2005 – VII-Verg 68/04; Beschl. v. 22. Juni 2006 – VII-Verg 2/06). Für eine analoge Anwendung dieser Ausnahmegvorschrift ist kein Raum (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). Die verfassungsrechtlichen Erwägungen des

ASt sind nicht geeignet, ein Abweichen von dieser ständigen Rechtsprechung zu begründen. Soweit der ASt die – unterstellte – finanzielle Förderung des Bg mit öffentlichen Mitteln als rechtswidrigen Eingriff in seine Grundrechte ansieht, bleibt es ihm unbenommen, gegen die Subventionsgewährung als solche vorzugehen. Versäumt er dies, so kann er nicht verlangen, dass eine analoge Anwendung des § 7 Nr. 6 VOL/A ihn von der aus seiner Sicht unrechtmäßig geförderten Konkurrenz befreit. Die Gesetzesbindung von Rechtsprechung und Verwaltung steht dem Ansinnen entgegen, eine Bestimmung, die als Ausnahmevorschrift konzipiert und daher eng auszulegen ist, auf von ihr nicht erfasste Sachverhalte anzuwenden, ohne dass überzeugende Anhaltspunkte für eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Der ASt verkennt bei seiner verfassungsrechtlichen Argumentation überdies, dass nicht allein die wirtschaftliche Betätigung des ASt, sondern auch diejenige des Bg grundrechtlich geschützt ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. November 2004 – VII-Verg 46/04). Ein Ausschluss des Bg bedürfte daher einer Legitimation, die § 7 Nr. 6 VOL/A angesichts seines auf öffentliche Einrichtungen beschränkten Anwendungsbereichs gerade nicht bieten kann.

2. Entgegen der Auffassung des ASt hat die Ag auch keinen Wertungsfehler nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 bzw. 3 VOL/A begangen, durch den Rechte des ASt verletzt würden.
 - a) Dass die Ag das Angebot des Bg nicht als ungewöhnlich niedrig eingestuft und daher die Einzelposten des Angebots nicht gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A überprüft hat, stellt keinen Vergabefehler dar. Die Ag hat von einer solchen Überprüfung abgesehen, weil der Abstand zwischen dem Angebot des Bg und dem nächstplazierten Angebot – dem des ASt – weniger als 20 % beträgt. Die Bildung einer solchen Aufgreifschwelle ist nicht zu beanstanden. Der Schwellenwert von 20 % ist auch nicht zu hoch angesetzt, sondern hat eine Größenordnung, wie sie in einer Reihe vergaberechtlicher Entscheidungen zu Recht anerkannt wurde (vgl. etwa OLG Frankfurt, Beschl. v. 30. März 2004 – 11Verg 4/04; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 16. November 2004 – 1 VK 69/04, Noch in Müller-Wrede, VOL/A, § 25 Rz. 72, 80 m.w.N.). Da auch ein offenkundiges Missverhältnis des Preises zur Leistung im Sinne von § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A regelmäßig erst bei einem Preisabstand von mehr als 20 % in Betracht kommt (vgl. etwa 2. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 24. August 2004 - VK 2 – 115/04 und OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23. März 2005 – VII-Verg 68/04), besteht – soweit

es um den Schutz konkurrierender Bieter geht - keine Veranlassung, eine Prüfungspflicht der Vergabestelle bereits weit unterhalb dieser Schwelle zu begründen. Der bieterschützende Charakter der Prüfpflicht nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A ist vielmehr allein unter dem Gesichtspunkt zu bejahen, dass regelmäßig erst durch eine solche Nachfrage des Auftraggebers die Möglichkeit eröffnet wird, festzustellen, ob ein Angebotspreis in auffälligem Missverhältnis zur Leistung steht und das Angebot auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt, unter denen eine Ausschlusspflicht nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A bieterschützenden Charakter hat. Kommt dagegen eine bieterschützende Ausschlusspflicht nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A von vornherein mangels offenkundiger Unangemessenheit des Preises nicht in Betracht, so kann auch die Prüfpflicht nach Abs. 2 der Vorschrift nicht als bieterschützend angesehen werden. Eine Aufklärungspflicht nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A bereits bei einer Abweichung von 10 % zum nächstplazierten Angebot einsetzen zu lassen, wie dies der ASt für richtig hält, ist danach jedenfalls kein Gebot des Bieterschutzes. Schon aus diesem Grund kann der ASt nicht mit seiner Rüge durchdringen, eine Aufklärung hätte schon wegen einer Differenz von mehr als 10 % zum Angebotspreis des Nächstplazierten vorgenommen werden müssen.

- b)** Da ein bieterschützender Charakter der Aufklärungspflicht nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A wie dargelegt einzig unter dem Aspekt in Betracht kommt, dass sie die Vorstufe zu einem Ausschluss des Angebots bilden kann, der wiederum unter bestimmten Voraussetzungen zum Schutz des ASt geboten sein könnte, bedarf es letztlich keiner näheren Erörterung, ob die Ag trotz Unterschreitens der Aufgreifschwelle von 20 % Anlass gehabt hätte, sich die Kalkulation des Bg im einzelnen erläutern zu lassen. Hierfür nügen zwar die deutliche Abweichung des Angebotspreises zur Schätzung der Ag und zum Angebotspreis des Bg im Rahmen der vorausgegangenen aufgehobenen Ausschreibung sprechen. Indes hätte eine solche Nachfrage im vorliegenden Fall nicht den Weg zu einem Ausschluss des Bg nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A eröffnet, durch dessen Unterbleiben der ASt in seinen Rechten verletzt wäre. Vielmehr steht nach der mündlichen Verhandlung zur Überzeugung der Vergabekammer fest, dass ein bieterschützender Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A nicht vorliegt. Eine Verpflichtung der Ag durch die Vergabekammer dazu, die Kalkulation des Bg näher zu prüfen, wäre daher sinnlos und jedenfalls nicht zur Wahrung von Rechten des ASt geboten.

- aa)** Ein drittschützender Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A kommt nur dann in Betracht, wenn der Bieter ein nicht kostendeckendes Angebot abgegeben hat. Bereits an dieser Grundvoraussetzung fehlt es im vorliegenden Fall. Der Bg hat seinen gegenüber dem vorausgegangenen Angebot deutlich günstigeren Angebotspreis damit begründet, dass er durch zwischenzeitlich möglich gewordenen Erwerb einer bisher angemieteten Immobilie erhebliche Kostenvorteile erzielen werde, die er im Rahmen der Kalkulation des aktuellen Angebots berücksichtigt habe. Er hat diese Erklärung gegenüber der Vergabekammer durch eine Gegenüberstellung der beiden Kalkulationen belegt. Etwai-ge Finanzierungskosten für den Erwerb sind, wie der Bg in der mündlichen Verhandlung bekräftigt hat, in der Kalkulation berücksichtigt worden. Der Ast ist den plausiblen Darlegungen des Bg nicht substantiiert entgegengetreten. Die Ausführungen in seinem nicht nachgelassenen Schriftsatz vermögen die Darstellung des Bg nicht in Frage zu stellen. Der Bg hat der Vergabekammer gegenüber das Erwerbsobjekt näher bezeichnet und auch den demnächst stattfindenden Auflassungstermin mitgeteilt. Der Hinweis des Ast, dem Grundbuchamt lägen noch keine Erkenntnisse über eine Auflassung vor, erklärt sich schlicht daraus, dass diese erst in Kürze stattfinden soll. Die vom Bg vorgelegte Kalkulation weist das Angebot des Bg als kostendeckend aus. Von einem Unter-Kosten-Angebot kann daher nicht ausgegangen werden.
- bb)** Selbst wenn man die Auffassung vertreten wollte, diese Frage könne nur von der Ag geprüft werden, und die Vergabekammer habe sich darauf zu beschränken, deren Prüfungsergebnis auf Beurteilungsfehler zu überprüfen, führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn abgesehen davon, dass die Ag die von der Bg abgegebenen Erklärungen für plausibel hält und somit die Beurteilung der Vergabekammer teilt, sind jedenfalls die weiteren Voraussetzungen nicht erfüllt, unter denen ein – unterstelltes – Unter-Kosten-Angebot zum Schutz konkurrierender Bieter nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A auszuschließen wäre. Dass die Durchführung des Auftrages zum angebotenen Preis für den Bg nicht zu bewältigen sei, ist weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. Hinsichtlich des zweiten als dritte Bieter schützend anerkannten Ausnahmefalls, dass ein Unter-Kosten-Angebot in der Absicht abgegeben wird oder wenigstens die Gefahr begründet, konkurrierende Bieter vom Markt zu verdrängen, hat der Inhaber der Ast in

der mündlichen Verhandlung auf Frage der Vergabekammer geäußert, dass eine solche Verdrängungsgefahr durch das Angebot des Bg nicht begründet werde; die gegenteilige Behauptung im Nachprüfungsantrag sei lediglich vom Verfahrensbevollmächtigten der ASt aufgestellt worden. Neben dieser Einlassung des ASt in der mündlichen Verhandlung spricht insbesondere auch das erfolgreiche Abschneiden des ASt in den parallelen Ausschreibungen gegen eine Verdrängungsgefahr. Der Markt, auf den insoweit abzustellen ist, umfasst dabei in räumlicher Hinsicht nicht lediglich den Bereich des ausgeschriebenen Loses. Vielmehr sind hier für die Marktabgrenzung die Ausweichmöglichkeiten des Bieters maßgeblich. Da dieser sich auch außerhalb Neubrandenburgs im Nordosten Deutschland ständig und durchaus erfolgreich um Aufträge bemüht, beschränkt sich der räumlich relevante Markt somit entgegen dem schriftsätzlichen Vortrag des ASt keineswegs auf das Gebiet Neubrandenburgs und der angrenzenden Gemeinden.

Ist demnach bereits objektiv keine Verdrängungsgefahr gegeben, so spricht auch nichts dafür, dass der Bg mit seinem Angebot eine Verdrängungsabsicht verfolgte. Eine solche Absicht allein dürfte im übrigen nicht genügen, um eine bieterschützende Ausschlusspflicht nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A zu begründen. Denn sie bewirkt noch keine Gefahr für den Wettbewerb. Die in der Rechtsprechung zu findende Formulierung, dass eine zielgerichtete Absicht zur Verdrängung anderer Bieter oder zumindest eine objektive Verdrängungsgefahr erforderlich ist, um dem Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A bieterschützenden Charakter zu verleihen (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. Februar 2002 – VII-Verg 18/02), wird man richtigerweise dahin verstehen müssen, dass eine objektive Verdrängungsgefahr bereits genügen kann, eine Verdrängungsabsicht aber immer mit einer objektiven Verdrängungsgefahr einhergehen muss.

Im vorliegenden Fall fehlt es somit an allen Voraussetzungen für einen zum Schutz des ASt gebotenen Ausschluss des Angebots des Bg.

Bei dieser Sach- und Rechtslage gab der nicht nachgelassene Schriftsatz des ASt vom 28. August 2006 keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

Der Nachprüfungsantrag kann daher in der Sache keinen Erfolg haben.

C.

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich der Ag auf § 128 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 Satz 2 GWB.

Die Kosten des Bg hat der ASt in entsprechender Anwendung der §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO zu erstatten, weil sich der ASt mit seinem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zum Bg gestellt und der Bg sich darüber hinaus durch eigene Schriftsätze, die Stellung eigener Anträge und die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat (vgl. hierzu Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 5. August 2005 – Verg 31/05, vom 15. Mai 2005 - Verg 12/03; vom 29. April 2003 - Verg 47/02).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag und den Bg war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeit anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

D.

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 bei einem deutschen Gericht zugelassenen 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.

Burchardi

Sturhahn