

VK 2 - 32/01

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

Bietergemeinschaft ...

- Beigeladene -

wegen des Vergabeverfahrens zur ... hat die 2. Vergabekammer des Bundes auf die mündliche Verhandlung vom 20. September 2001 durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Burchardi, die beamtete Beisitzerin Regierungsdirektorin Bangard und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Pulvermüller am 18. Oktober 2001 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der VSt und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die VSt war nicht notwendig.

Gründe

I.

Die VSt (VSt) hat durch Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom ... 2000 und im Bundesausschreibungsblatt vom ... 1999, berichtigt am ... 2000, ein Vergabeverfahren zur "... eingeleitet. Nach § 3 a Nr. 1 Abs. 4 Buchst. c in Verbindung mit § 3 a Nr. 1 Abs. 3 Satz 2 VOL/A ist das Verfahren als Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb ausgestaltet. Die VSt wird bei der Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens von der "... Beratergruppe ... " (B) beraten und unterstützt, der auch der Verfahrensbevollmächtigte der VSt angehört.

Gegenstand des Verfahrens ist die Ausschreibung eines Dienstleistungsauftrags, der die Beschaffung, Finanzierung, Errichtung und den Betrieb eines ...systems für ...beinhaltet. Mit Ausnahme der genuin hoheitlichen Aufgaben, die sich im Zusammenhang mit der Durchführung der Kontrolle ergeben, sollen alle mit der Planung, der Errichtung und dem Betrieb eines solchen Systems verbundenen Leistungen dem Auftragnehmer übertragen werden. Dieser soll zudem die Planung und die Errichtung des Gesamtsystems selbst finanzieren und erst während der Betriebsphase eine leistungsabhängige Vergütung vom Auftraggeber erhalten, für den er eine öffentlich-rechtliche Gebühr einziehen wird. Von den Straßenbenutzern selbst kann der Auftragnehmer für seine Tätigkeit keine Vergütung verlangen (B.3 der Informationsbroschüre zum Teilnahmewettbewerb). Nach Erteilung des Zuschlags hat der Auftragnehmer eine Projektgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH oder GmbH & Co. KG zu gründen, deren er sich bedient, um seine Leistungen zur Errichtung, zur Finanzierung und zum Betrieb des ...systems gegenüber dem Auftraggeber zu erfüllen. Der Auftragnehmer hat während der gesamten Laufzeit des Betreibervertrages für die Vertragserfüllung durch die Projektgesellschaft einzustehen und in diese alle für die Gebührenerhebung notwendigen persönlichen und sachlichen Mittel einzubringen. Als Zeitpunkt für die Inbetriebnahme des ...systems ist der 01. Januar 2003 vorgesehen, die Laufzeit des Betreibervertrages soll 12 Jahre später, am 31. Dezember 2014, enden und durch den Auftraggeber dreimal um jeweils ein Jahr verlängert werden können (2.1.7. der Vergabeunterlagen Teil II: Verbindungsunterlagen).

Nach erfolgreicher Beteiligung an dem Teilnehmerwettbewerb wurden fünf Unternehmen aufgefordert, ein Angebot abzugeben, darunter die Antragstellerin (ASt), an der die ... als Kommanditisten beteiligt sind. Die Kommanditisten sind zugleich Gesellschafter der Komplementär-GmbH. Die Vergabeunterlagen wurden den zur Angebotsabgabe Aufgeforderten im Juli 2000 ausgehändigt. Diese hatten sodann Gelegenheit, Fragen zu den Unterlagen an die VSt zu richten, die von dieser schriftlich beantwortet wurden. Die Fragen und Antworten wurden allen aufgeforderten Unternehmen übermittelt.

Die VSt erhielt fristgerecht am 31. Januar 2001 Angebote von der ASt, der Beigeladenen sowie einem dritten Unternehmen und prüfte diese formell und inhaltlich unter dem Gesichtspunkt, ob sie den in den Verdingungsunterlagen enthaltenen Mindestanforderungen entsprachen. Die Beigeladene beantwortete die ihr zur Aufklärung des Angebotsinhalts gestellten Fragen zur Zufriedenheit der VSt. Insbesondere gab sich die VSt damit zufrieden, dass die Beigeladene den Hinweis der VSt, die von der Beigeladenen abgegebene Kapitalintakthalteerklärung sei nicht von den Mitgliedern der Bietergemeinschaft unterschrieben, damit beantwortete, einer solchen Unterschrift bedürfe es nicht, da die Abgabe der Kapitalintakthalteerklärung selbst nicht gefordert gewesen sei. Als Nachweis 4.3 sei nur eine Erklärung zur Einreichung einer Kapitalintakthalteerklärung abzugeben gewesen, die Kapitalintakthalteerklärung selbst sei erst im Falle des Zuschlags abzugeben. Das Angebot des dritten Bieters wurde vom Vergabeverfahren ausgeschlossen; der hiergegen eingeleitete Nachprüfungsantrag wurde von der Kammer verworfen. Diese Entscheidung ist hinsichtlich des Ausspruches in der Hauptsache bestandskräftig.

Zentraler Punkt für das vorliegende Verfahren ist die im Rahmen der gewählten funktionalen Ausschreibung von der VSt im Kapitel 2.2 der Verdingungsunterlagen („Anforderungen an das System“) unter A1 aufgestellte Mindestanforderung, dass die Projektgesellschaft das ...system eigenverantwortlich finanzieren soll. Die hierzu unter Punkt A1.1 festgeschriebene erweiterte Anforderung lautet folgendermaßen:

“Bei der Ausgestaltung der Finanzierung muss die Projektgesellschaft während der gesamten Vertragslaufzeit eine der im folgenden dargestellten Optionen erfüllen:

Option 1:

Die Eigenkapitalausstattung der Projektgesellschaft muss bis zum 31. Dezember 2004 mindestens 20,0 v. H. der Bilanzsumme nach den zuletzt vorliegenden Quartals-, Halbjahres- und Jahresabschlüssen betragen. Ab dem 1. Januar 2005 muss die Eigen-

kapitalausstattung mindestens 15,0 v. H. der Bilanzsumme nach den zuletzt vorliegenden Quartals-, Halbjahres- und Jahresabschlüssen betragen.

Der Bieter und, sofern der Bieter in seinem Teilnahmeantrag zum Nachweis seiner finanziellen Leistungsfähigkeit auf einen Unterauftragnehmer und/oder ein sonstiges Unternehmen verwiesen hat, der Unterauftragnehmer und/oder ein sonstiges Unternehmen müssen gegenüber dem Auftraggeber eine Kapitalintakthalteerklärung für die Projektgesellschaft abgeben.

Option 2:

Der Bieter und, sofern der Bieter in seinem Teilnahmeantrag zum Nachweis seiner finanziellen Leistungsfähigkeit auf einen Unterauftragnehmer oder ein sonstiges Unternehmen verwiesen hat, der Unterauftragnehmer oder das sonstige Unternehmen müssen gegenüber dem Auftraggeber eine Liquiditätsgarantie für die Projektgesellschaft abgeben.

Die Liquiditätsgarantie muss in ihrer Höhe mindestens der in der Option 1 festgelegten Eigenkapitalausstattung entsprechen.

Diese Liquiditätsgarantie kann durch ein Reservekonto ganz oder teilweise ersetzt werden.

Option 3:

Der Bieter und, sofern der Bieter in seinem Teilnahmeantrag zum Nachweis seiner finanziellen Leistungsfähigkeit auf einen Unterauftragnehmer und/oder ein sonstiges Unternehmen verwiesen hat, der Unterauftragnehmer und/oder das sonstige Unternehmen müssen gegenüber dem Auftraggeber eine selbstschuldnerische Bürgschaft für die Projektgesellschaft abgeben.

Die Bürgschaft muss in ihrer Höhe mindestens der in der Option 1 festgelegten Eigenkapitalausstattung entsprechen.

Hinweise zu den erforderlichen Nachweisen:

Den Verdingungsunterlagen ist das konkrete Finanzierungsangebot der Kreditgeber beizufügen. Das Angebot muss mindestens Angaben über die Konditionen der Kreditgeber und deren Zahlungsbedingungen zur Finanzierung des ...systems enthalten.

Bei einer Wahl von Option 2 müssen im Rahmen der Angebotsabgabe genaue Angaben zur Ausgestaltung eines Reservekontos („Reserve Account“) angegeben werden. Dazu gehören zum Beispiel Angaben zu den Schwankungsbreiten für die Zins- und Tilgungsverpflichtungen.

Bewertungskriterien

Mindestanforderungen: Erfüllt / nicht erfüllt.“

Unter Punkt „4.1 Nachweise der Erfüllung der Anforderungen“ der Verdingungsunterlagen waren „Nachweisspezifikationen“ enthalten, die dem Bieter „als Richtschnur für die Erstellung und Strukturierung der Nachweise dienen“ sollten, wobei jedoch darauf hingewiesen wurde, dass die Festlegung und Gestaltung der Unterlagen dem Bieter überlassen bleibe und von ihm verantwortet werden müsse. Unter „NA.4 Nachweise zur Finanzierung und Vergütung“ dieser Nachweisspezifikationen war als Unterpunkt NA 4.3 genannt: „Spezielle Erklä-

rungen des Bieters zur Ausgestaltung der Finanzierung der Projektgesellschaft. Je nach gewählter Option ist mit dem Angebot vorzulegen

- eine Erklärung zur Einreichung einer Kapitalintakthalteerklärung oder
- eine Erklärung zur Einreichung einer Liquiditätsgarantie mit Angaben zur Ausgestaltung des Reservekontos oder
- eine Erklärung zur Einreichung einer Bürgschaft.“

Gemäß Punkt 1.2 der Verdingungsunterlagen („Reihenfolge der Gültigkeit“) gehen „im Falle von Widersprüchen“ zwischen den einzelnen Teilen der Verdingungsunterlagen die „Anforderungen an das System“ (Kapitel 2.2.) dem Kapitel 4 („Vom Bieter zu führende Nachweise“) vor.

Bestandteil der Verdingungsunterlagen war auch der Entwurf eines Betreibervertrages zwischen dem Auftraggeber einerseits und dem Auftragnehmer (AN) und der Projektgesellschaft andererseits, der unter Punkt G - Finanzierung des Projekts - , Unterpunkt G.1 - Eigenkapitalausstattung der Projektgesellschaft – vorsah:

“1.1 Die Eigenkapitalausstattung der Projektgesellschaft muss bis einschließlich 31. Dezember 2004 mindestens 20,0 v. H. der Bilanzsumme nach dem letzten Quartals-, Halbjahres- und Jahresabschluss betragen. Ab dem 1. Januar 2005 muss die Eigenkapitalausstattung mindestens 15,0 v. H. der Bilanzsumme nach dem letzten Quartals-, Halbjahres- und Jahresabschluss betragen.

1.2 Die Projektgesellschaft bzw. der AN gewährleistet, dass die in Buchstabe G.1.1 bestimmten Mindestanforderungen an die Eigenkapitalausstattung der Projektgesellschaft bis zur wirksamen Übertragung der Projektgesellschaft auf den AG (...), im übrigen bis zur Beendigung dieses Vertrages eingehalten werden.“

Auf die Frage eines der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen, weshalb in Abschnitt G 1 des Betreibervertrages eine Mindestkapitalausstattung der Projektgesellschaft und weshalb sie in der angegebenen Höhe verlangt werde (Anfrage Nr. 21), hatte die VSt durch die B am 13. November 2000 geantwortet:

*“In Ziffer G 1 des Betreibervertrages ist **versehentlich** nur eine der in der Anforderung A 1 vorgesehenen drei Optionen zur Finanzierung der Projektgesellschaft während der Vertragslaufzeit aufgenommen worden. Den Bietern stehen jedoch die in den Anforderungen A 1 genannten Optionen zur Verfügung!“*

Die ASt führte in ihrem Angebot vom 31. Januar 2001 unter der Überschrift „Ergänzende Interpretation der Anforderung und Erfüllung“ (Bl. 200292) u.a. aus: „In A1.1 werden Vorgaben für die Ausgestaltung der Finanzierung gemacht, wobei über die Vertragslaufzeit eine

der genannten Optionen durch die Projektgesellschaft zu erfüllen ist. Bei Wahl der Option 2 und 3 richtet sich die Höhe der Kapitalausstattung nach der Option 1. (...) Zur Erfüllung der unter A1.1, Option 1, der Verdingungsunterlagen gestellten Anforderung sind diesem Angebot Erklärungen zur Erhaltung des Eigenkapitals der ... Projektgesellschaft beigelegt. Diese Erklärungen beziehen sich zum einen auf die ... KG. Die übrigen Erklärungen beziehen sich auf die Gesellschafter der ... KG (...) sowie auf die Mit diesen Erklärungen wird der Anforderung Rechnung getragen, dass auch solche Unternehmen Bereitschaftserklärungen abgeben müssen, auf die im Teilnahmeantrag zum Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit verwiesen worden ist.“

Die ASt erklärte sich in dem Angebot (Bl. 202157) „zu folgendem bereit: Wir werden in die Projektgesellschaft eine Bareinlage auf das Eigenkapital gemäß den im Angebot enthaltenen Plandaten und Planbilanzen einzahlen, um eine Eigenkapitalausstattung von 20 % der Planbilanzsumme sicherzustellen.“ Ihre Gesellschafter, auf die die ASt in ihrem Teilnahmeantrag vom 17. Februar 2000 zum Nachweis ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit Bezug genommen hatte, gaben gesondert jeweils folgende Erklärung ab (Bl. 202158 ff.): „Für die Ausschreibung „... erklären wir uns auf der Basis der beigelegten Plandaten und Planbilanzen zu folgendem bereit: Wir werden das Eigenkapital der Projektgesellschaft in Höhe von 20 % der Bilanzsumme intakt halten, indem wir entsprechend unserer Beteiligungsquote an der ... GmbH & Co. KG gewährleisten, dass in die Projektgesellschaft eine Bareinlage als Eigenkapital in Höhe von 20 % der im Angebot enthaltenen Planbilanzsumme eingezahlt wird.“

Auf einem Vorblatt („Ausgestaltung der Finanzierung der Projektgesellschaft durch die Eigenkapitalgeber“, Bl. 205154) zu den genannten Erklärungen hatte die ASt für alle Kapitalintakthalteerklärungen angegeben: „Zur Erfüllung der ersten dieser drei Optionen stattet die ... die von ihr zu gründende Projektgesellschaft mit einem gezeichneten Kapital in Höhe von zunächst 130,0 Mio. EUR aus. Im Jahr 2006 ist eine Kapitalherabsetzung auf 80,0 Mio. EUR geplant. (...) Auf Basis der Finanzplanung ist somit zu jeder Zeit sichergestellt, dass die Eigenkapitalquote der Projektgesellschaft in Beziehung zur Bilanzsumme über der geforderten 20,0 % bzw. 15,0 %-Bedingung liegt.“

Mit Schreiben der B vom 01. Juni 2001, das zuvor mit der VSt abgestimmt worden war, wurde die ASt u.a. zur Aufklärung hinsichtlich der zur Erfüllung der Option 1 abgegebenen

Erklärungen aufgefordert. Diese wurden auszugsweise wiedergegeben und dem Zitat der Option 1 aus den Verdingungsunterlagen gegenübergestellt. Die B bat insoweit um „Überprüfung und Erläuterung, ggf. Nachreichung“. Für die Einreichung der Erläuterungen bzw. Unterlagen setzte die B eine Frist bis zum 18. Juni 2001, 17:00 Uhr, und wies darauf hin, dass die ASt vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden könne, wenn die angeforderten Unterlagen nicht rechtzeitig eingingen. Die ASt erwiderte hierauf mit Schreiben vom 12. Juni 2001, sie könne dem Schreiben der B keine grundsätzliche Kritik am Wortlaut der von ihr und ihren Kommanditisten gewählten Erklärung entnehmen. Sie gehe daher davon aus, dass es sich bei den Fragen der B um reine Verständnisfragen handele. Die Erklärungen berücksichtigten insbesondere die geforderte 20 %ige Eigenkapitalquote, *„die sich naturgemäß nur an den Planbilanzen orientieren kann. Eine andere Bezugsgröße als die Planbilanzen würde aus unserer Sicht für den Ausschreibenden wie für den Erklärenden zu undefinierten Erklärungsinhalten führen.“*

Mit Schreiben vom 04. Juli 2001 stellte die B nochmals die seitens der ASt und ihrer Kommanditisten abgegebenen Erklärungen der in den Verdingungsunterlagen gewählten Formulierung für Option 1 gegenüber und forderte die ASt insbesondere um Überprüfung der im Schreiben der ASt vom 12. Juni 2001 getroffenen Annahme auf, dass eine andere Bezugsgröße als die Planbilanzen zu undefinierten Erklärungsinhalten führen würde. Sie bat, den Wortlaut der Erklärungen ggf. zu korrigieren. Für die Einreichung der Erläuterungen bzw. Unterlagen setzte sie eine Frist bis zum 18. Juli 2001, deren Nichteinhaltung den Ausschluss von dem Vergabeverfahren zur Folge haben könne. Die ASt reagierte hierauf am 12. Juli 2001 schriftlich mit der Frage, ob den im vorbezeichneten Schreiben geäußerten Bedenken durch Streichung der – dort ebenfalls angesprochenen – Preisstands- und Währungs-klausel Rechnung getragen werden könne. Eine solche Korrektur könne innerhalb des gesetzten Zeitrahmens herbeigeführt werden. Sie bat um Mitteilung, ob zur Ausräumung der Bedenken eine solche Erklärung vorbereitet werden solle, anderenfalls sie um weitergehende Erläuterungen bitte. Eine Neufassung sämtlicher Erklärungen ihrer Kommanditisten bis zum 18. Juli 2001 sei bereits aus organisatorischen Gründen nicht herbeizuführen.

Die B teilte noch am 12. Juli 2001 mit, dass sie das Schreiben der ASt als Bitte um Fristverlängerung für die am 04. Juli 2001 gestellte Aufklärungsfrage verstehe, und gewährte eine Fristverlängerung um eine Woche bis zum 25. Juli 2001, 17:00 h. Mit Schreiben vom 18. Juli 2001 bat die ASt um eine weitere Fristverlängerung bis zum 08. August 2001,

17:00 h, die ihr durch Schreiben der B vom 19. Juli 2001 gewährt wurde. Ergänzend führte die B zur Erläuterung der Mindestanforderung A1, Option 1, in dem Schreiben aus:

„Diese Option ist so zu verstehen, dass sich die einzureichende Kapitalintakthaltklärung zum einen auf die gesamte Vertragslaufzeit und zum anderen auf die Bilanzsumme des jeweils zuletzt vorliegenden Quartals-, Halbjahres- bzw. Jahresabschlusses zu beziehen hat. Zur Erfüllung dieser Anforderungen genügt es daher nicht, nur eine Einlage in bestimmter Höhe zuzusichern und die Eigenkapitalquote auf die Planbilanzen zu beziehen.“

In einer Sitzung am 08. August 2001 herrschte innerhalb der von der VSt gebildeten „Lenkungsgruppe ...“ Einvernehmen, dass „aus Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgründen“ eine weitere Fristverlängerung bzw. nochmalige Erläuterungen seitens der VSt nicht mehr gewährt werden könnten, sofern die von der ASt bis zum Ablauf des Sitzungstages einzureichenden Erklärungen der ... erneut unzureichend seien (Ergebnisvermerk der VSt v. 15. August 2001, S. 2 f., Anlage 134 zum Vergabevermerk v. 04. September 2001).

In ihrem von den Geschäftsführern der Komplementärin der ASt unterzeichneten Schreiben vom 08. August 2001 stellte die ASt zunächst fest, dass es bei der Prüfung ihres Angebotes offensichtlich zu Missverständnissen bei der Auslegung der vorgelegten Nachweise zu den erweiterten Anforderungen der Verdingungsunterlagen gekommen sei; aus ihrer Sicht erfüllten die bislang vorgelegten Erklärungen die Vorgaben und Ziele der Verdingungsunterlagen, Ziff. NA 4.3. Sie habe sich dennoch u.a. zu folgender Korrektur und Ergänzung des Angebots vom 31. Januar 2001 entschlossen:

“Nachweise gemäß Ziff.: 4.3 Teil II der Vergabeunterlagen

In Ergänzung der bisher von uns vorgelegten Nachweise nach Ziff. NA 4.3 der Vergabeunterlagen Teil II, Verdingungsunterlagen erklären wir für die ... KG,

dass wir selbstschuldnerische Bürgschaften der ... KG sowie deren Gesellschafter (...), die in ihrer Höhe mindestens 20 %, ab dem 01. Januar 2005 15 % der Bilanzsumme der jeweils zuletzt vorliegenden Quartals-, Halbjahres- und Jahresabschlüsse der Projektgesellschaft abdecken, in der Vertragslaufzeit stellen werden.“

Mit Schreiben vom 17. August 2001, zugestellt per Fax am selben Tage sowie als Einschreiben gegen Rückschein am 23. August 2001, teilte die VSt der ASt mit, dass deren Angebot wegen Nichterfüllung der in den Verdingungsunterlagen vorgegebenen Mindestanforderung A 1 gemäß den Vergabeunterlagen Teil I: Anschreiben, Ziff. 6, aus dem Vergabeverfahren

auszuschließen sei. In formeller Hinsicht genüge die Erklärung vom 08. August 2001 nicht den Mindestanforderungen, da die Bürgschaftserklärung von der ASt selbst abgegeben und von ihren Geschäftsführern unterzeichnet sei, während eine Bürgschaftserklärung der Gesellschafter der ASt nicht vorliege. Die zur Abgabe einer wirksamen Bürgschaftserklärung erforderliche Vollmacht für die Geschäftsführer der ASt sei gegenüber dem Auftraggeber nicht nachgewiesen worden. Inhaltlich sei die Bürgschaftserklärung nicht ausreichend. Denn die geforderte Eigenkapitalausstattung sei durch die gewählte Formulierung dann nicht sichergestellt, wenn aktivierte Verluste ausgewiesen würden, weil der ausgewiesene Fehlbetrag das vorhandene Eigenkapital übersteige. Die abgegebene Bürgschaftserklärung wirke deshalb gerade in den Phasen nicht, in denen eine hinreichende Finanzierung der Projektgesellschaft nicht aus deren Eigenmitteln gewährleistet sei und in denen daher der Bieter und die sonstigen Unternehmen, auf die er im Teilnahmeantrag zum Nachweis seiner finanziellen Leistungsfähigkeit verwiesen habe, durch die zur Erfüllung der Mindestanforderung A 1 abzugebenden Erklärungen in die Finanzierungsverantwortung eingebunden werden sollten. Eine solche Einbindung der Gesellschafter sei nicht erfolgt. Die Bürgschaftszusage sei lediglich durch die ASt abgegeben worden, nicht jedoch durch deren Gesellschafter, auf die die ASt zum Nachweis ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit im Teilnahmeantrag verwiesen habe. Eine weitere Nachfrist könne aus Gründen der Gleichbehandlung der Bieter nicht gewährt werden.

Die ASt rügte die Ausschlussentscheidung mit Schreiben vom 23. August 2001. In dem Rügeschreiben führte sie zugleich aus, ein gewisses Verständnis für das von der VSt zum Ausdruck gebrachte Absicherungsbedürfnis zu haben, obwohl dies über den Inhalt der Verbindungsunterlagen hinausgehe. Aufgrund der Tragweite und politischen Bedeutung der ... sei sie von ihren Gesellschaftern daher ausdrücklich bevollmächtigt, ihr Einverständnis damit zu erklären, wenn die am 08. August 2001 abgegebene Erklärung dergestalt vereinbart werde, *„dass wir selbstschuldnerische Bürgschaften der ... KG sowie deren Gesellschafter (...), die in ihrer Höhe Eigenkapital von mindestens 20 %, ab dem 01. Januar 2005 15 % der Bilanzsumme der jeweils zuletzt vorliegenden Quartals-, Halbjahres- und Jahresabschlüsse der Projektgesellschaft abdecken, in der Vertragslaufzeit stellen werden.“* Diese Erklärung könne die VSt als im zukünftigen Verfahren maßgeblich erachten.

Da das Rügeschreiben die VSt nicht zu einer Änderung ihrer Position veranlasste, wandte sich die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 29. August 2001 gegen die Ausschlussentscheidung.

Die ASt hält ihren Ausschluss für unbegründet, da sie die in den Verdingungsunterlagen aufgestellte Mindestanforderung A 1 erfülle. Ihr Angebot genüge sowohl der in dieser Mindestanforderung eröffneten Option 1 als auch der Option 3. Der in den Verdingungsunterlagen für Option 1 verwandte Begriff der Kapitalintakthalteerklärung habe keinen bestimmten, feststehenden Inhalt. Aus ihm ergebe sich nicht, dass eine bestimmte Bilanzsummengarantie bezogen auf das Aktivvermögen oder eine Eigenkapitalquotengarantie abgegeben werden müsse. Nach dem objektiven Empfängerhorizont könne der Begriff dahin verstanden werden, dass die Projektgesellschaft so mit Kapital auszustatten sei, dass deren Gläubiger ausreichend abgesichert seien. Dies werde durch die von der ASt angebotene Eigenkapitalausstattung gewährleistet. Da die VSt es versäumt habe, den Begriff der Kapitalintakthalteerklärung zu präzisieren oder den Verdingungsunterlagen ein von den Bietern zu verwendendes Erklärungsformular beizufügen, müsse sie die von der ASt gewählte Interpretation akzeptieren, auch wenn sie nicht mit ihrem eigenen Verständnis des Begriffes übereinstimme. Die von der ASt gewählte Anknüpfung an die Planbilanzsumme könne schon deshalb nicht als fehlerhaft gewertet werden, weil eine erste reale Bilanz der Projektgesellschaft erst nach Aufnahme des Geschäftsbetriebes vorliege, die Planbilanzsumme also zuvor den einzig sinnvollen Anknüpfungspunkt bilde.

Jedenfalls aber habe die ASt die Anforderung A1 durch die am 08. August 2001 abgegebene Erklärung zu Option 3 erfüllt. Die Nachreichung einer solchen Erklärung nach Angebotsabgabe sei im Verhandlungsverfahren zulässig. Die VSt sei auch bereit gewesen, bis zum 08. August 2001 nachgereichte Erklärungen zu akzeptieren. Selbst wenn man die nachträgliche Abgabe geforderter Erklärungen an sich für unzulässig hielte, sei der VSt ein größerer Spielraum für das Annehmen solcher Ergänzungen einzuräumen, wenn hierdurch die Aufhebung des Vergabeverfahrens vermieden werden könne. Aus der Nachweisspezifikation NA 4.3 folge zum einen, dass zur Erfüllung der Mindestanforderung mit dem Angebot nicht eine Bürgschaftserklärung selbst, sondern nur die Erklärung der Bereitschaft abzugeben sei, die geforderte Bürgschaft später – nach Erhalt des Zuschlags – zu stellen. Zum anderen ergebe sich aus ihr, dass nur der Bieter selbst diese Bereitschaftserklärung abgeben müsse, nicht jedoch diejenigen Unternehmen, auf die er im Teilnahmeantrag zum Nachweis seiner finanziellen Leistungsfähigkeit Bezug genommen habe. Letzteres sei der ASt allerdings erst bei erneuter rechtlicher Prüfung im Zuge des Schriftwechsels mit der VSt deutlich geworden. Ein Widerspruch zwischen NA 4.3 und der Formulierung der Optionen in Pkt. A1.1. der Verdin-

gungsunterlagen liege nicht vor, da erstere Spezialregelungen hinsichtlich der Frage enthielten, welche Nachweise bereits mit dem Angebot vorzulegen seien, die Regelungen in A1.1 und NA 4.3 sich somit auf unterschiedliche Zeitpunkte bezögen. Die Vorrangregelung in den Verdingungsunterlagen sei daher nicht anwendbar. Die gewählte Formulierung entspreche exakt dem Wortlaut der Option 3. Im übrigen sei die Formulierung der Option so unbestimmt, dass die VSt keine Erklärung des Bieters verlangen dürfe, die exakt der Auslegung der Option 3 seitens der VSt entspreche. Aus der Formulierung der Verdingungsunterlagen, Punkt A1.1, zu Option 3 ergebe sich nicht, dass die Erklärung des Bieters eine Verpflichtung beinhalten müsse, mit der Bürgschaft dafür einzustehen, dass zunächst ein nicht durch Eigenkapital abgedeckter Fehlbetrag ausgeglichen werde. Vielmehr genüge es für Option 3, für die Höhe der Bürgschaft auf den in Option 1 genannten Anteil an der Bilanzsumme abzustellen. Im übrigen werde durch Option 3 der Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung nicht hinreichend deutlich. Insbesondere fehle es an einer ausreichend bestimmten Hauptschuld. Einer Auslegung der Option 3 im Sinne der VSt stehe auch entgegen, dass die Sicherung, wie sie die VSt – unter Verkenennung der in den Verdingungsunterlagen formulierten Anforderungen – anstrebe, die Bieter entgegen § 14 VOL/A übermäßig belasten würde. Im übrigen habe die VSt bei ihrer Ausschlussentscheidung das ihr zustehende Ermessen fehlerhaft ausgeübt, weil sie den Wettbewerbsgrundsatz nicht ausreichend berücksichtigt habe.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten seitens der VSt sei zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich. Bei der VSt handele es sich um einen großen öffentlichen Auftraggeber, der während der gesamten Verfahrensdauer anwaltlich beraten worden sei und die sich im vorliegenden Verfahren stellenden auftragsbezogenen Sach- und Rechtsfragen in eigener Sach- und Rechtskunde müsse beantworten können.

Die ASt beantragt sinngemäß,

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. § 107 ff. GWB;
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Antragstellerin wieder an dem Vergabeverfahren zu beteiligen und ihre Entscheidung, die Antragstellerin vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen, rückgängig zu machen.

Der Antrag ist der VSt durch die Kammer am 31. August 2001 zugestellt worden.

Die VSt beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen und
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Formulierung der Optionen in den Verdingungsunterlagen sei hinreichend deutlich. Der Begriff der Kapitalintakthalteerklärung sei für sich genommen nicht ausreichend, die erweiterte Anforderung A1.1, Option 1, zu erklären, werde aber in der Option näher konkretisiert. Dass die Erklärung zu Option 3 auch von den Gesellschaftern der ASt hätte abgegeben werden müssen, sei in der Formulierung der Anforderung A1.1, Option 3 – ebenso wie hinsichtlich der Optionen 1 und 2 – unmissverständlich klargelegt. NA 4.3 sei in diesem Kontext zu verstehen, stelle hingegen nicht eine vorrangige Spezialregelung dar. Die ASt habe dies auch keineswegs missverstanden, was u.a. daraus deutlich werde, dass die Kapitalintakthalteklärungen im Angebot vom 31. Januar 2001 auch von den Gesellschaftern der ASt abgegeben worden seien und dies von der ASt in ihrer „Ergänzenden Interpretation“ im Angebot (Bl. 200292) auch ausdrücklich als Anforderung bezeichnet worden sei.

Für die Erfüllung der Option 3 sei es keineswegs ausreichend, den Wortlaut der Option 1 nur im Hinblick auf die Bilanzsumme zu übernehmen. Vielmehr müsse ausdrücklich auch auf das Eigenkapital unter Berücksichtigung aktivierter Verluste Bezug genommen werden. Dies sei für jede am Geschäftsverkehr teilnehmende Person, erst recht aber für ein Unternehmen offenkundig, das sich um einen der größten Vergabeaufträge in der Geschichte der Bundesrepublik bemühe. Die zu sichernde Hauptschuld sei die Verpflichtung des Auftragnehmers sowie der von ihm zu gründenden Projektgesellschaft, für eine ausreichende Eigenkapitalausstattung der Projektgesellschaft zu sorgen, wie sie in Ziff. G 1.1 des in den Verdingungsunterlagen enthaltenen Entwurfs des Betreibervertrages vorgesehen sei. Soweit die ASt die Unklarheit oder Unsinnigkeit der Verdingungsunterlagen bemängelt und die Erforderlichkeit der verlangten Erklärungen unter Verweis auf § 14 VOL/A in Frage stelle, sei sie hiermit mangels rechtzeitiger Rüge nicht zu hören; ihr Nachprüfungsantrag sei damit bereits im wesentlichen unzulässig.

Die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten seitens der VSt sei bereits angesichts der besonders hohen Bedeutung des im Streit befindlichen Auftrags als erforderlich anzusehen.

Der ASt ist am 11. September 2001 Einsicht in die Vergabeakten gewährt worden, soweit sie keine Geschäftsgeheimnisse enthielten. Mit Beschluss vom 13. September 2001 ist die Bietergemeinschaft ... zu dem Nachprüfungsverfahren beigegeben worden.

Die Verfahrensbeteiligten hatten Gelegenheit, ihre Standpunkte in einer mündlichen Verhandlung am 20. September 2001 zu erläutern. Die Entscheidungsfrist ist gemäß § 113 Abs. 1 GWB durch Verfügung des Vorsitzenden vom 21. September 2001 bis zum 19. Oktober 2001 verlängert worden; zugleich wurde den Beteiligten nachgelassen, bis zum 27. September 2001 zum Ergebnis der mündlichen Verhandlung Stellung zu nehmen.

In ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 27. September 2001 rügt die ASt, die VSt habe bei der Ausschlussentscheidung das ihr nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 Buchst. a VOL/A zustehende Ermessen nicht ausgeübt. Aus dem Vergabevermerk sei nicht ersichtlich, von welchen Tatsachen sie ausgegangen sei und welche rechtlichen Beurteilungsmaßstäbe sie angewandt habe. Insbesondere habe die VSt sich nicht mit dem Umstand auseinandergesetzt, dass ein Ausschluss der ASt dazu führen werde, dass bei nur einem noch verbleibenden Unternehmen kein echter Wettbewerb mehr gegeben sei. Hilfsweise trägt die ASt vor, die VSt hätte sich angesichts dieser Situation mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob das Verhandlungsverfahren einzustellen sei. Die ASt regt ferner an, zu prüfen, ob das Angebot der Beigeladenen vom 31. Januar 2001 unvollständig gewesen sei. Darüber hinaus vertritt die ASt die Auffassung, dass bei Annahme einer aus dem Betreibervertrag resultierenden Verpflichtung des Bieters zur Aufbringung von genügend Eigenkapital bei der Projektgesellschaft dieser Anspruch seitens der Projektgesellschaft auf der Passivseite in die Bilanz gegen Eigenkapital einzustellen sei, wenn der Projektgesellschaft das Eigenkapital aufzehrende Verluste drohten. Ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag könne bei der Projektgesellschaft daher nicht entstehen.

Die VSt betont in ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 27. September 2001, dass die ASt die Anforderung A 1.1, Option 1 bewusst nicht habe erfüllen wollen, nachdem sie spätestens durch das Schreiben der B vom 19. Juli 2001 vollständig darüber unterrichtet gewesen sei,

welcher Ergänzungen es insoweit nach Auffassung der VSt bedurft habe. Wenn die ASt diese Auffassung für unzutreffend gehalten habe, hätte sie diesbezüglich spätestens innerhalb einer Zwei-Wochen-Frist nach Zugang des Schreibens vom 19. Juli 2001 eine Rüge erheben müssen. Da dies nicht geschehen sei, sei die ASt mit ihrem entsprechenden Vorbringen ausgeschlossen. Das Verhalten der ASt komme überdies einer Aufklärungsverweigerung entsprechend § 24 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A nahe. Der ASt sei deutlich gewesen, dass sich die Höhe der Erklärung zu Option 3 nach der umfassend erläuterten Option 1 richten müssen. Der „additive“ Wechsel zu Option 3 sei als Versuch zu werten, sich durch eine weitere bewusst unvollständige Erklärung den Verpflichtungen zu entziehen, wie sie aus einer zureichenden Erklärung nach Option 1 entstünden. Etwaige Zweifel am Inhalt der Option 3 hätte die ASt rechtzeitig vor Abgabe der Erklärung am 08. August 2001 gegenüber der VSt zum Ausdruck bringen müssen. Da dies nicht geschehen sei, sei die ASt mit ihrem Vorbringen hierzu ausgeschlossen. Die Entscheidung über den Ausschluss sei entsprechend § 25 Nr. 1 Abs. 2 Buchst. a i. V. m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A ermessensfehlerfrei erfolgt. Die VSt habe dabei den Charakter der Anforderung als Mindestanforderung, die der ASt gegebenen zusätzlichen Erläuterungen, die Unzulänglichkeit der „additiven“ Erklärung in formaler (Kreis der Erklärenden) und inhaltlicher Hinsicht sowie ihren völlig überraschenden Charakter berücksichtigt. Außerdem seien die Erfordernisse des Gleichbehandlungsgrundsatzes beachtet worden, und auch der vergaberechtliche Wettbewerbsgrundsatz sei in die Abwägung eingegangen. Der Wettbewerbsgrundsatz zwingt jedoch nicht dazu, mit Bietern in Verhandlungen einzutreten, die nicht bereit seien, die von ihnen verlangten Erklärungen abzugeben.

Die Beigeladene hat in ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 27. September 2001 ausgeführt, der Inhalt des Begriffs „Kapitalintakthalteerklärung“ erschließe sich ohne weiteres aus dem Zusammenspiel der Abs. 1 und 2 der Option 1. Dass noch nicht die Abgabe der endgültigen Kapitalintakthalteerklärung mit dem Angebot abzugeben gewesen sei, sondern eine Erklärung, dass die Kapitalintakthalteerklärung – im Falle der Auftragserteilung - abgegeben werde, bedeute nicht, dass die mit dem Angebot einzureichende Erklärung keine Verbindlichkeit entfalten solle. Sie sei vielmehr als ein auf den Zuschlag bedingtes Angebot auf den Abschluss eines Vorvertrages bzw. eines Schuldversprechens anzusehen. Zumindest aber begründe die verlangte Erklärung einen Vertrauenstatbestand, auf den sich die VSt berufen könne, so dass dieser Schadensersatzansprüche entstünden, wenn sich der Bieter später weigere, die Kapitalintakthalteerklärung abzugeben. Was die Erklärung der ASt vom

08. August 2001 angehe, so könne diese schon als Folge des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht mehr berücksichtigt werden. Anderenfalls würde die ASt gegenüber den anderen Bietern bevorzugt. Verhandlungen über die bis zum 31. Januar 2001 verbindlich einzureichenden Angebote seien den Vergabeunterlagen zufolge erst für die Phase nach der formellen und inhaltlichen (Teil-) Prüfung der Angebote vorgesehen gewesen. Vor der Entscheidung über die Erfüllung der Mindestanforderungen habe die VSt den Inhalt der Angebote zwar aufklären und Erläuterungen einholen dürfen. Nachbesserungen kämen jedoch allenfalls in engen Grenzen in Betracht, und die von der ASt gewollten substantiellen Änderungen seien unzulässig. Im übrigen sei bereits die mehrfache Nachfristsetzung als solche bedenklich. Zur Sicherstellung der Gleichbehandlung aller Bieter sei die VSt spätestens nach Erhalt der Erklärung am 08. August 2001 im Sinne einer Ermessensreduzierung dazu verpflichtet gewesen, die Antragstellerin auszuschließen.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vorbringen der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze, die Verfahrensakte sowie auf die Vergabeakten Bezug genommen, die - soweit ersichtlich – vollständig vorgelegen haben.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1.

- a) Die Vorschriften des vierten Abschnitts des GWB sind anwendbar. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die ..., einen öffentlichen Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB, so dass gem. § 104 Abs. 1 GWB die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes begründet ist. Da der Auftragnehmer sein Entgelt nicht von den ...pflichtigen erheben kann, sondern eine leistungsabhängige Vergütung direkt vom Auftraggeber erhält, handelt es sich nicht um einen Konzessions-, sondern um einen Dienstleistungsvertrag. Der Auftragswert liegt weit oberhalb von 130.000 Euro und überschreitet daher den erforderlichen Schwellenwert des § 2 Nr. 2 VgV i. V. m. §§ 100, 127 GWB.
- b) Die ASt ist antragsbefugt i. S. d. § 107 Abs. 2 GWB. Das erforderliche Interesse am Auftrag ergibt sich bereits aus ihrer Beteiligung an der Ausschreibung. Es ist auch nicht von

vornherein auszuschließen, dass die ASt durch die angegriffene Entscheidung der VSt in ihren Rechten verletzt wird und ihr daraus ein Schaden droht.

- c) Die ASt hat ihre Rügeobliegenheit erfüllt. Die Rüge erfolgte nur sechs Tage nach Erhalt des Schreibens, in dem die VSt die ASt von der Ausschlussentscheidung in Kenntnis setzte. Sie ist daher unter Zubilligung eines angemessenen Überlegungszeitraumes als unverzüglich i. S. d. § 107 Abs. 3 S. 1 GWB i. V. m. den zu § 121 Abs. 1 S. 1 BGB entwickelten Grundsätzen zu werten. Als fehlerhaft gerügt wird die Entscheidung der VSt, die ASt wegen Nichterfüllung der Mindestanforderung A1 vom weiteren Verfahren auszuschließen. Soweit die ASt zur Begründung ihrer Auffassung, sie habe die dort genannten Bedingungen erfüllt, bei der Auslegung der Verdingungsunterlagen im Nachprüfungsverfahren auf ihrer Ansicht nach bestehende Unklarheiten verweist, ist dieses Vorbringen im Rahmen der Begründetheit bei der Prüfung zu bewerten, ob das Angebot der ASt die Anforderungen erfüllte oder die VSt die ASt berechtigtermaßen ausschloss. Nur in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob hinsichtlich der bemängelten Unklarheiten einer möglichen Rügeobliegenheit genügt wurde, ohne dass der Nachprüfungsantrag selbst unzulässig würde, wenn dies nicht der Fall sein sollte.
2. Der Nachprüfungsantrag erweist sich jedoch als unbegründet.

Die ASt hat die Mindestanforderung A1, erweiterte Anforderung A1.1 der Verdingungsunterlagen nicht erfüllt. Die VSt war gem. § 25 Nr. 1 Abs. 2 Buchst. a VOL/A i. V. m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOL/A berechtigt, sie vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.

- a) Die hinsichtlich der im Angebot vom 31. Januar 2001 gewählten Option 1 abgegebenen Kapitalintakthalteerklärungen der ASt und ihrer Gesellschafter genügen nicht den in den Verdingungsunterlagen gestellten Anforderungen.

Der in Option 1 S. 2 der Verdingungsunterlagen gewählte Begriff der Kapitalintakthalteerklärung besagt als solcher zwar noch nicht, was genau der Inhalt der geforderten Erklärung sein soll. Dies wird jedoch in der Zusammenschau mit S. 1 der Option 1 hinreichend deutlich. S. 1 gibt an, welche Eigenkapitalausstattung die Gesellschaft aufweisen muss. Die in S. 2 benannte Verpflichtung, das Kapital intakt zu halten, kann sich bei verständi-

ger Würdigung nur auf die Kapitalausstattung beziehen, wie sie in S. 1 gefordert wird. Beide Sätze isoliert zu verstehen, hieße, beiden ihren Sinn zu nehmen. Denn Satz 1 enthielte eine Anforderung, ohne dass jemand sie erfüllen müsste, und S. 2 enthielte eine Verpflichtung, ohne dass sie mit konkretem Inhalt gefüllt wäre. Dass derartiges nicht gemeint sein kann, muss einem verständigen, an einem Verfahren dieser Größenordnung beteiligten Bieter einleuchten, obwohl S. 2 drucktechnisch nicht unmittelbar an S. 1 anschließt, sondern in einer neuen Zeile beginnt und der Bezug dort auch nicht durch eine ausdrückliche Verweisung (etwa: „eine *entsprechende* Kapitalintakthalteerklärung“ oder „Erklärung, das Kapital gem. S. 1 intakt zu halten“) hervorgehoben wird.

Eine ausdrückliche Bezugnahme der Kapitalintakthalteerklärung auf die Ausstattungsanforderung liegt im übrigen an anderer Stelle vor, und zwar in Punkt G.1 des Entwurfs des Betreibervertrags. Punkt G.1.1 enthält in mit Option 1 S. 1 nahezu identischer Formulierung die Ausstattungsanforderung, während gem. G.1.2 „*die Projektgesellschaft bzw. der AN (=Auftragnehmer) gewährleistet, dass die in Buchstabe G.1.1 bestimmten Mindestanforderungen (...) eingehalten werden.*“ Dass dies eine Kapitalintakthalteerklärung darstellt, wie sie in Option 1 gefordert wird, ist ohne weiteres erkennbar und wurde durch die Antwort der VSt auf Frage 21 zudem deutlich zum Ausdruck gebracht. Jedenfalls hierdurch musste der ASt klar werden, dass die Kapitalintakthalteerklärung gem. Option 1 S. 2 nicht isoliert von S. 1 aufzufassen war, sondern sich auf diesen bezog.

Demgemäß war bei Wahl der Option 1 eine Kapitalintakthalteerklärung abzugeben, die den Anforderungen gem. Option 1 S. 1 Rechnung trug. Dies aber war bei den seitens der ASt und ihrer Gesellschafter im Angebot vom 31. Januar 2001 abgegebenen Erklärungen schon deshalb nicht der Fall, weil sie sich nicht auf die jeweils aktuellen Abschlüsse der Projektgesellschaft bezogen, sondern eine einmalige Eigenkapitalausstattung vorsahen und hinsichtlich der in S. 1 der Option 1 genannten prozentualen Anforderungen nur auf die Planbilanzen abstellten. Dass letzteres nicht genügen konnte, musste einem verständigen Bieter in der Situation der ASt klar sein, da sich bei einer Mindestlaufzeit des Betreibervertrages von 12 Jahren erhebliche Abweichungen von den Planungen ergeben können. Dies gilt in besonderer Weise dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – ein neuartiges Projekt realisiert wird, dessen wirtschaftlicher Verlauf somit auch nicht aufgrund von Daten aus der Vergangenheit für vergleichbare Systeme sicher vorhergesagt werden kann. Wenn die ASt und ihre Gesellschafter auf ihre Planungsdaten abstellten und eine an

der realen Geschäftsentwicklung orientierte, dynamische Nachschusspflicht vermieden, ist dies daher als Versuch zu werten, das eigene unternehmerische Risiko zu minimieren. Dass dies der Vorgabe von Option 1 nicht entsprechen konnte, musste auch der ASt einleuchten.

Bereits ihr Schreiben vom 12. Juni 2001 lässt überdies darauf schließen, dass der ASt bereits zu diesem Zeitpunkt sehr wohl bewusst war, dass u.a. ihr Abstellen auf die Planbilanzen von der VSt bemängelt wurde, denn anderenfalls hätte es für die ASt keine Veranlassung dazu gegeben, hervorzuheben, dass sich die Eigenkapitalquote ihrer Auffassung nach nur an den Planbilanzen orientieren könne. Jeder etwaige Zweifel der ASt hinsichtlich der – objektiv berechtigten – Kritikpunkte der VSt wurde indes spätestens durch das Schreiben der B vom 19. Juli 2001 beseitigt.

Selbst wenn man annehmen wollte, die VSt hätte sich bei der Formulierung der Option 1 in den Verdingungsunterlagen noch klarer ausdrücken bzw. diese wegen des daraus folgenden Haftungsumfangs entsprechend der Bietungsbürgschaft vorformulieren müssen, um jede noch so fernliegende Auslegung auszuschließen, und der ASt sei deswegen ein gewisser Antwortspielraum zuzubilligen, so wäre ein solches - unterstelltes - Versäumnis durch diese Erläuterungen der VSt jedenfalls geheilt worden.

Die spätestens am 19. Juli 2001 auch für sie bestehende Klarheit über die von der VSt an die Kapitalintakthalteerklärung geknüpften Anforderungen veranlassten die ASt indes nicht, ihre Erklärung in entsprechender Weise nachzubessern. Dies wäre jedoch erforderlich gewesen, um dem objektiven, seitens der VSt zutreffend interpretierten Gehalt der Option 1 gerecht zu werden.

- b) Auch die von der ASt nach Einreichung des Angebots am 31. Januar 2002 bis zum 08. August 2001 einschließlich abgegebenen weiteren Erklärungen lassen die angegriffene Ausschlussentscheidung der VSt nicht als fehlerhaft erscheinen. Zwar neigt die Vergabekammer der Auffassung zu, dass die ASt innerhalb der ihr gewährten Frist bis zum 08. August 2001 noch die Möglichkeit hatte, den Nachweis der Erfüllung der Mindestanforderung A 1 durch Nachreichung einer Erklärung zu erbringen, die den Anforderungen einer der - gleichwertigen - Optionen in Verbindung mit der Nachweisspezifikation NA 4.3 entsprach. Die bis zum Fristende abgegebenen Erklärungen blieben indes sowohl hin-

sichtlich des Kreises der Erklärenden als auch inhaltlich hinter den Anforderungen jeder der zur Wahl stehenden Optionen zurück.

- aa) Dass die am 31. Januar 2001 zur Erfüllung von Option 1 abgegebene Erklärung inhaltlich nicht den Vorgaben der Verdingungsunterlagen entsprach, begründete im vorliegenden Falle noch keine Verpflichtung der VSt, die ASt sogleich vom Verfahren auszuschließen. Zwar sind gem. den *Vergabeunterlagen Teil I: Anschreiben*, Punkt 6, Angebote, die den Mindestanforderungen nicht genügen, vom weiteren Verfahren auszuschließen. Diese Prüfung ist Teil der Bewertung der „eingegangenen Angebote“, ihre Grundlage somit das Angebot vom 31. Januar 2001. Durch diese in den Vergabeunterlagen getroffene Regelung begab sich die VSt jedoch nicht jeder Möglichkeit, Klarstellungen und Nachbesserungen hinsichtlich der zur Erfüllung der Mindestanforderungen abgegebenen Erklärungen zu fordern.

Die zitierte Passage des Anschreibens ist vielmehr dahin zu verstehen, dass die VSt, obwohl es sich um ein Verhandlungsverfahren handelte, bei dem grundsätzlich auch alle wettbewerbsrelevanten Angebotsbestandteile Gegenstand von Verhandlungen sein können, nicht bereit war, mit den Bietern darüber zu verhandeln, ob diese die als Mindestanforderungen gekennzeichneten Voraussetzungen zu erfüllen hätten. Das Transparenzgebot und der Gleichbehandlungsgrundsatz verleihen der durch das Aufstellen der Mindestanforderung bewirkten Selbstbindung der VSt zugleich bieterschützende Wirkung mit der Folge, dass die VSt die entsprechende Anforderung jedenfalls dann nicht ohne weiteres aufgeben darf, wenn zumindest einer der Bieter sie erfüllt hat (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27. Juni 2001, Verg. 16/01). Die Beigeladene hatte die für die Mindestanforderung notwendigen Nachweise erbracht, so dass die VSt daran gehindert war, einfach auf die Erfüllung der Anforderung A 1 zu verzichten, wenn feststand, dass ein Bieter sie nicht erfüllen konnte oder wollte.

Da für die zu wählenden Optionen kein einheitlicher Text in Gestalt eines Formulars vorgegeben war, sondern die Bieter selbst eine Erklärung zur Erfüllung der gewählten Voraussetzung formulieren mussten, stand für die VSt bei Prüfung der mit dem Angebot erhaltenen Erklärung der ASt jedoch noch nicht zweifelsfrei fest, dass diese die Voraussetzungen nicht vollständig erfüllen konnte oder wollte. Vielmehr bestand die Möglichkeit, dass die Anforderung seitens der ASt missverstanden worden war und ein solches

mögliches Missverständnis durch einen Hinweis der VSt und eine entsprechende Nachbesserung der Erklärung würde beseitigt werden können. Die Aufforderung der VSt an die ASt, die Diskrepanz zwischen der eingereichten und der verlangten Erklärung zu überprüfen und sie ggf. durch Nachreichung einer den Anforderungen entsprechenden Erklärung zu beseitigen, stellt insoweit kein Abweichen von dem selbstaufgelegten Verbot dar, über die Anforderung A 1 zu verhandeln. Dass diese Anforderung erfüllt werden muss, wurde durch die Nachfrage seitens der VSt nicht etwa in Frage gestellt, sondern bestätigt.

Fraglich ist allerdings, ob die Nachreichung einer verbesserten oder gar die Einreichung einer neuen Erklärung sich noch innerhalb der Grenzen dessen hält, was als zulässige Aufklärung des Angebotsinhalts gelten kann. Wenn gem. den *Vergabeunterlagen Teil I: Anschreiben* die Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen als Teil der Bewertung der „eingegangenen Angebote“ (Punkt 6, S. 14 der Vergabeunterlagen) bzw. der inhaltlichen Prüfung der „eingereichten Angebote“ (Punkt 5.5.2, S. 4 der Vergabeunterlagen) gekennzeichnet wird, deutet dies darauf hin, dass Grundlage der Beurteilung, ob die Mindestanforderung erfüllt wird, nur eine Erklärung sein kann, die innerhalb der Angebotsfrist bereits ihrem wesentlichen Inhalt nach vorlag. Für die Zulässigkeit einer substantiellen Nachbesserung lässt sich allerdings anführen, dass die VSt in bezug auf die Mindestanforderung A 1, erweiterte Anforderung A 1.1, den Inhalt des Angebots bereits selbst weitgehend festgelegt hat. Die Ergänzung einer nicht zureichenden Erklärung stellt in diesem Fall die Vergleichbarkeit der Angebote nicht in Frage, sondern schafft erst die Voraussetzung hierfür. Einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Bietern erlangt der nachbessernde Bieter hierdurch nicht, da die Anforderung feststand und lediglich die Frage zu beantworten war, ob der Bieter die Anforderung erfüllen wolle oder nicht. Dass der Bieter sich durch seine unzureichende Erklärung im Angebot immerhin die Möglichkeit eröffnete, dass die VSt bei ihrer Prüfung des Angebots diese Unzulänglichkeit übersehen werde, stellt keinen so erheblichen Vorteil dar, dass hierdurch der Wettbewerb verfälscht würde. Denn zum einen war die Aussicht, dass die VSt die Erklärung fälschlich als ausreichend akzeptieren würde, sehr gering, und zum anderen hätte ein solcher Fehler der VSt einem etwaigen Nachprüfungsantrag der Beigeladenen zum Erfolg verhelfen können.

Zudem ist nach der Rechtsprechung des EuGH das Vergabeverfahren so auszugestalten, dass der Auftraggeber die Möglichkeit hat, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und das günstigste auszuwählen. Weist nur ein Bieter alle Eignungsmerkmale auf, so hat er keinen Anspruch darauf, den Zuschlag zu erhalten (vgl. EuGH NZBau 2000, 153/154). In der vorliegenden Konstellation, in der nur drei Angebote vorlagen, von denen eines von einem wegen fehlender Eignung absehbar auszuschließenden Bieter stammte, erschiene es daher selbst im offenen Verfahren bedenklich, einen Ausschlusszwang allein im Hinblick auf die Unzulänglichkeit der am 31. Januar 2001 vorgelegten Kapitalintakthalteerklärung anzunehmen. Um so größere Bedenken müsste die Annahme eines solchen Ausschlusszwanges daher in einem Verhandlungsverfahren wecken, in dem grundsätzlich die Möglichkeit besteht, auch nach Angebotsabgabe noch über sämtliche wettbewerbserheblichen Angebotselemente zu verhandeln.

Man wird daher die Selbstbindung der VSt nicht überbetonen dürfen, sondern der VSt ein Ermessen zubilligen müssen, den Bieter erst dann auszuschließen, wenn sich zeigt, dass er zur Behebung der Unzulänglichkeit nicht willens oder nicht in der Lage ist. Indem die VSt der ASt und der Beigeladenen die Möglichkeit zur Nachbesserung der jeweiligen Erklärung gab, bewegte sie sich noch innerhalb des ihr zuzubilligenden Spielraums. Dass die VSt der ASt diese Möglichkeit nicht eingeräumt hätte, wenn sie die Erklärung der Beigeladenen zu Option 1 bereits in jenem Zeitpunkt als ordnungsgemäß unterschrieben angesehen hätte, ist weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. Vielmehr hat die VSt auch in der mündlichen Verhandlung betont, dass sie ihre Entscheidung, die Ergänzung der Erklärung zu fordern, nach wie vor als vergaberechtskonform ansehe.

- bb) Hält man es nach dem Vorstehenden für zulässig, der Mindestanforderung A 1, erweiterte Anforderung A 1.1, durch Nachreichung einer die zunächst gewählte Option 1 erfüllenden Erklärung zu entsprechen, so sprechen erhebliche Argumente dafür, auch eine nachgereichte Erklärung zu Option 3 als berücksichtigungsfähig anzusehen. Alle drei Optionen sollen in ihrem Sicherungswert, d.h. hinsichtlich der aus ihnen gegebenenfalls resultierenden Zahlungspflichten, übereinstimmen. Dies wird durch die Verweisungen in Optionen 2 und 3 auf die Option 1 deutlich gemacht. Anderenfalls hätte die VSt die Optionen erst gar nicht als gleich geeignete Varianten zur Erfüllung der Anforderung, die Projektgesellschaft finanziell abzusichern, zur Wahl gestellt. Wenn die finanziellen Verpflichtungen des Bieters aber im Ergebnis nicht von der gewählten Option abhängen,

sondern einander bei allen drei Optionen entsprechen, erscheint es vergaberechtlich noch vertretbar, im vorliegenden Verfahren einen Wechsel zu einer anderen Option innerhalb der seitens der VSt zur Nachreichung gesetzten Frist zuzulassen.

- cc) Die vorstehend unter aa) und bb) erörterten Fragen bedürfen jedoch letztlich deswegen keiner Entscheidung, weil die am 08. August 2001 abgegebene Erklärung zur Bürgschaftsoption nicht den von der VSt in den Vergabeunterlagen gestellten Anforderungen genügt.
- (1) Die Unzulänglichkeit resultiert allerdings nicht daraus, dass die ASt am 08. August 2001 noch keine Bürgschaftserklärung abgab, sondern lediglich *zusagte*, Bürgschaften zu stellen. Gemäß der in Option 3 gewählten Formulierung muss eine „Bürgschaft abgegeben“ werden. Dies ist dahin zu verstehen, dass die Abgabe einer Bürgschaftserklärung erfolgen muss. NA 4.3 legt jedoch fest, dass je nach gewählter Option mit dem Angebot eine „Erklärung zur Einreichung“ einer Kapitalintakthalteerklärung, Liquiditätsgarantie bzw. Bürgschaft vorzulegen ist. Den Nachweisspezifikationen zufolge war also mit dem Angebot noch nicht die jeweilige Sicherungserklärung selbst vorzulegen, sondern lediglich deren Abgabe zuzusagen. Hierin liegt kein Widerspruch der Nachweisspezifikation gegenüber der Anforderung A 1.1, der – da letztere als Bestandteil der „Anforderungen an das System“ (Kapitel 2.2) dem Kapitel 4 („Vom Bieter zu führende Nachweise“) vorgeht - durch die Vorrangregelung nach Punkt 1.2 der Verdingungsunterlagen zugunsten der Anforderung A 1.1 zu lösen wäre. Die Nachweisspezifikation stellt insoweit vielmehr eine Spezialregelung bezüglich der Frage dar, welche Art von Erklärung bereits mit der Anmeldung vorzulegen ist. In dieser Phase besteht noch kein Bedürfnis der VSt, über die endgültige Sicherungserklärung zu verfügen, da noch unklar ist, ob der Bieter den Auftrag erhält. Es genügt vielmehr in diesem Stadium die Zusage, die Sicherungserklärung im Falle der Beauftragung abzugeben. Eine solche Zusage dürfte für den Bieter regelmäßig weniger aufwendig sein als die Sicherungserklärung selbst. Für den Auftraggeber ist dennoch eine hinreichende Absicherung gegeben, weil er den Bieter, wenn er diesem den Auftrag zu erteilen beabsichtigt, auf Abgabe der versprochenen Sicherungserklärung in Anspruch nehmen (bzw. ihn, wenn die Abgabe der Sicherungserklärung abgelehnt wird, vom Vergabeverfahren ausschließen) kann. Für einen verständigen Bieter steht die Nachweisspezifikation daher in diesem Punkt nicht im Widerspruch zum Text der Optionsanforderung, sondern erscheint insoweit als vorrangige

Spezialregelung. In diesem Sinne hat auch die Beigeladene diese Passage der Nachweisspezifikation ausweislich ihres Schreibens aufgefasst. Die VSt hat diese Sichtweise in der mündlichen Verhandlung geteilt.

- (2) Die von der ASt am 08. August 2001 vorgelegte Erklärung leidet jedoch an dem Mangel, dass sie lediglich von der ASt, nicht aber von deren Gesellschaftern abgegeben worden ist. Im Text jeder der drei Optionen wird gefordert, dass, sofern der Bieter in seinem Teilnahmeantrag auf einen Unterauftragnehmer und/oder ein sonstiges Unternehmen verwiesen habe, der Unterauftragnehmer und/oder das sonstige Unternehmen die betreffende Erklärung abzugeben habe. In der Nachweisspezifikation NA 4.3 ist hingegen nur von den speziellen Erklärungen des *Bieters* die Rede. Nach der schriftsätzlich vorgetragenen Auffassung der ASt stellt diese Abweichung vom Text der Optionsanforderung wiederum eine Spezialregelung für die Frage dar, was bereits mit dem Angebot vorzulegen war. Gegen ein solches Verständnis spricht indes, dass hierdurch dem erkennbaren Sicherungsinteresse der VSt nicht Rechnung getragen wird. Dieser kam es ersichtlich darauf an, gerade diejenigen Unternehmen in die Finanzierungsverantwortung für die Projektgesellschaft einzubeziehen, auf die der Bieter zum Nachweis seiner finanziellen Leistungsfähigkeit verwiesen hatte. Anders als die Frage, ob eine Bürgschaftszusage oder bereits die endgültige Bürgschaftserklärung erteilt wird, ist es für den Sicherungswert der Erklärung von erheblicher Bedeutung, *wer* sie abgibt. Die Finanzierung der Projektgesellschaft war für die VSt nur dann sichergestellt, wenn die Gesellschafter der ASt ebenfalls die Zusage abgaben. Eine Zusage lediglich des Bieters, der selbst die Finanzierung nicht sicherstellen konnte, war für den verfolgten Zweck, der VSt durch die mit dem Angebot vorzulegende Erklärung Klarheit darüber zu verschaffen, dass die Finanzierung der Projektgesellschaft gesichert sei, sinnlos. Wollte man die Erklärung des Bieters allein genügen lassen, hätte man in einem solchen Fall auf eine mit dem Angebot vorzulegende Erklärung verzichten können.

Dass die schriftsätzlich vertretene Auslegung seitens der ASt nicht der Interessenlage entspricht, ist für einen verständigen Bieter erkennbar. Aus dessen Sicht handelt es sich bei der Formulierung in NA 4.3 daher nicht um eine vorrangige Spezialregelung, sondern um eine bloße Nachlässigkeit, die an der im Text der Option genannten Anforderung nichts ändert, oder um einen Widerspruch zu dieser, der gemäß der Vorrangregelung zugunsten des Textes der Optionsanforderung zu lösen ist. Entsprechend war auch die ASt bei

Abgabe des Angebots davon ausgegangen, dass nicht nur sie selbst, sondern auch ihre Gesellschafter zur Erfüllung der Mindestanforderung die Erklärung abzugeben hätten. Durch die dem Angebot beigelegten Erklärungen der Gesellschafter wollte die ASt ausdrücklich „der Anforderung Rechnung tragen, dass auch solche Unternehmen Bereitschaftserklärungen abgeben müssen, auf die im Teilnahmeantrag zum Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit verwiesen worden ist.“ Durch den mit der VSt geführten Schriftwechsel hätte sich die ASt in dieser zutreffenden Auslegung bestätigt fühlen müssen. Wenn die VSt in ihrer Antwort vom 12. Juli 2001 auf die von der ASt im Schreiben vom selben Tage gemachte Aussage, eine Neufassung sämtlicher Erklärungen ihrer Kommanditisten bis zum 18. Juli 2001 sei bereits aus organisatorischen Gründen nicht herbeizuführen, klarstellt, dass sie dies „als Bitte um Fristverlängerung“ verstehe, ist dies ein deutlicher Hinweis darauf, dass aus Sicht der VSt die Neufassung der Erklärungen der Kommanditisten erforderlich war. Weshalb die ASt dennoch von ihrer zutreffenden bisherigen Auslegung abwich, leuchtet daher nicht ein. Aus der Sicht eines objektiven Empfängers dieser Erklärung in der Situation der VSt musste dies Zweifel daran begründen, dass die Gesellschafter der ASt bereit seien, die Finanzierungsverantwortung für die Projektgesellschaft zusammen mit der ASt zu tragen. Unter Berücksichtigung der früheren Erklärung und des zwischenzeitlich geführten Schriftwechsels war durch die Bürgschaftszusage allein der ASt der erforderliche Nachweis daher nicht erbracht.

- (3) Die am 08. August 2001 abgegebene Erklärung blieb zudem hinsichtlich des Umfangs der zugesagten Bürgschaft hinter den Mindestanforderungen zurück. Nach dem Text der Anforderung muss die Bürgschaft in ihrer Höhe mindestens der in Option 1 festgelegten Eigenkapitalausstattung entsprechen. Diese Eigenkapitalausstattung muss bis zum 31. Dezember 2004 mindestens 20 %, ab dem 01. Januar 2005 mindestens 15 % der Bilanzsumme nach den zuletzt vorliegenden Quartals-, Halbjahres- und Jahresabschlüssen betragen. Die Bürgschaft ist daher nur dann ausreichend hoch, wenn die aus ihr resultierenden Zahlungspflichten genügen, um eine solche Eigenkapitalausstattung der Projektgesellschaft zu gewährleisten.

Diese Anforderung erfüllt die am 08. August 2001 zugesagte Bürgschaft jedoch nur so lange, wie die jüngste Bilanz der Gesellschaft auf der Aktivseite keinen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag ausweist. Fallen hingegen Verluste an, die das Eigen-

kapital der Projektgesellschaft übersteigen, führt die von der ASt zugesagte Bürgschaft zu einer erheblich geringeren Zahlungspflicht als eine der Option 1 entsprechende Kapitalintakthalteerklärung, wie die Beigeladene sie abgegeben hat. Die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft Eigenkapital in Höhe von 20 % bzw. 15 % der Bilanzsumme hat, kann in einer Situation, in der ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ausgewiesen ist, nur dadurch erfüllt werden, dass zunächst dieser Fehlbetrag ausgeglichen und sodann zusätzlich ein Betrag in Höhe von 20 % bzw. 15 % der Bilanzsumme gezahlt wird. Die Ausweisung eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages auf der Aktivseite der Bilanz ist lediglich ein buchungstechnisches, durch § 268 Abs. 3 HGB angeordnetes Mittel, um die Ausweisung eines negativen Eigenkapitals auf der Passivseite zu vermeiden (vgl. etwa Baumbach/Hopt, HGB, 30. Aufl. 2000, § 268 Rz. 3). Solange der Fehlbetrag nicht ausgeglichen ist, kann daher auch kein positives Eigenkapital vorhanden sein. Die von der ASt zugesagte Bürgschaft bewirkt im Ergebnis demgegenüber keine Verpflichtung, zunächst den Fehlbetrag auszugleichen, da sie auf den Begriff des Eigenkapitals nicht Bezug nimmt. Sie verpflichtet lediglich zur Zahlung von 20 % bzw. 15 % der Bilanzsumme. Nur soweit diese Zahlung den Fehlbetrag übersteigt, kann sie zur Bildung positiven Eigenkapitals führen. Damit bleibt die von der ASt zugesagte Bürgschaftsverpflichtung erheblich hinter der aus einer Kapitalintakthalteerklärung folgenden Zahlungspflicht zurück. Betrüge beispielsweise in der Halbjahresbilanz der Projektgesellschaft am 30. Juni 2004 bei einer Bilanzsumme von 1 Mrd. DM der nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbetrag 200 Mio. DM, so resultierte aus einer Kapitalintakthalteerklärung gemäß Option 1 eine Zahlungspflicht von 400 Mio. DM, von denen 200 Mio. DM zur Ausgleichung des Fehlbetrags und weitere 200 Mio. DM erforderlich wären, um sodann die positive Eigenkapitalquote zu erreichen. Die ASt wäre aufgrund des Textes der von ihr versprochenen Bürgschaft hingegen lediglich dazu verpflichtet, 20 % der Bilanzsumme, d.h. 200 Mio. DM, zu zahlen. Dies genügte gerade dazu, den Fehlbetrag auszugleichen, die Projektgesellschaft bliebe jedoch ohne positives Eigenkapital. Zahlungspflicht und Kapitalausstattung wären also weitaus geringer als bei Option 1.

Dass ein solches Ergebnis nicht der Zielsetzung der Optionen entsprechen kann, musste auch der ASt einleuchten. Diese hatte zudem die Optionen in ihrem Angebot vom 31. Januar 2001 selbst dahin interpretiert, dass sich bei Wahl der Optionen 2 und 3 „die Höhe der Kapitalausstattung nach der Option 1“ richte. Auch in der mündlichen Verhandlung hat der Geschäftsführer der ASt, Herr ..., bestätigt, der ASt sei stets klar

gewesen, dass die drei Optionen wirtschaftlich gleichwertig und mit gleichen Zahlungspflichten verbunden sein sollten. Die am 08. August 2001 abgegebene Erklärung ist jedoch im Falle von Verlusten, die das Eigenkapital übersteigen, nicht geeignet, dieser den Optionen zugrunde liegenden Zielvorstellung zu genügen. Das musste die ASt auch aus den Hinweisen im Schreiben der B vom 19. Juli 2001 entnehmen. Dort hat die B nicht nur die Verwendung von Planbilanzen ausdrücklich abgelehnt. Vielmehr geht aus dem Schreiben auch hervor, dass es zur Erfüllung der Anforderungen auf die Eigenkapitalquote – und nicht auf die Bilanzsumme – ankommt.

Die Verantwortung für diese Unzulänglichkeit der Bürgschaftszusage trifft nicht die VSt, sondern die ASt. Diese hat übersehen oder bewusst darüber hinweggesehen, dass die in Option 3 in Bezug genommene Höhe der Eigenkapitalausstattung gemäß Option 1 nicht allein durch den Prozentsatz der Bilanzsumme, sondern auch durch den Begriff „Eigenkapital“ bestimmt wird. Um die Anforderung von Option 3 zu erfüllen, hätte die ASt dafür bürgen können, dass die *Eigenkapitalausstattung* der Projektgesellschaft jeweils 20 % bzw. 15 % der letzten Bilanzsumme beträgt. Stattdessen hat sie zur Umschreibung ihrer Verpflichtung jedoch nur eines der beiden die Höhe der Verpflichtung bestimmenden Elemente, nämlich den Prozentsatz der Bilanzsumme, gewählt, ohne den Begriff „Eigenkapital“ zu verwenden. In diesem Falle hätte sie ausdrücklich ihre Verpflichtung festschreiben müssen, zunächst einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag auszugleichen, um die Gleichwertigkeit der Erklärung mit Option 1 herbeizuführen. Dass der bloße Rekurs auf den in Option 1 genannten Prozentsatz der Bilanzsumme nicht genügt, um im Rahmen der Bürgschaftsoption eine gleich hohe Zahlungspflicht wie bei der Kapitalintakthalteerklärung zu begründen, musste einem verständigen Bieter in der Situation der ASt klar sein. Bei dem ausgeschriebenen Auftrag handelt es sich um ein sehr umfangreiches, für den Bieter mit erheblichen finanziellen Chancen und Risiken verbundenes Infrastrukturprojekt, das in technischer und kaufmännischer Hinsicht hohe Anforderungen an den Auftragnehmer stellt. Größe und Schwierigkeit des Auftrages haben Einfluss auf den Maßstab, der an das Erkenntnisvermögen eines verständigen Bieters anzulegen ist. Im vorliegenden Falle kann davon ausgegangen werden, dass die Bieter über umfangreiche wirtschaftliche Erfahrungen und Kenntnisse verfügen. Tatsächlich wird das Vergabeverfahren auf Seiten der ASt wie der Beigeladenen jeweils von mehreren Dutzend hochqualifizierter Personen betreut, darunter auch einer Reihe von Juristen. Es stellt daher keine Überforderung des Bieters dar, wenn man von ihm die Erkenntnis erwartet,

dass bei Wahl der Option 3 ein Abstellen allein auf den Prozentsatz der Bilanzsumme nicht genügt, um das – auch von der ASt anerkannte - Ziel zu erreichen, eine gleich hohe Verpflichtung wie durch die nach Option 1 erforderliche Erklärung zu begründen.

Den Text der Optionen in den Vergabeunterlagen bereits so vollständig vorzuformulieren, dass die Bieter die von ihnen gewählte Erklärung lediglich hätten unterschreiben müssen, wäre zwar sinnvoll gewesen, doch bestand im vorliegenden Fall jedenfalls wegen der Klarstellung im Schreiben vom 19. Juli 2001 keine Verpflichtung der VSt hierzu. Wenn die ASt aus der wirtschaftlichen Bedeutung der Erklärungen ableiten möchte, die VSt hätte die Erklärungen wörtlich vorformulieren müssen – wie dies hinsichtlich der Bietungsbürgschaft tatsächlich geschehen war – so vermag dies nicht zu überzeugen. Erforderlich ist allein, dass die Anforderungen so klar formuliert sind, dass die VSt davon ausgehen darf, den Bietern werde die Abfassung einer den Anforderungen genügenden Erklärung ermöglicht. Dies war hier der Fall. Eine jede Möglichkeit eines vom Bieter zu verantwortenden Irrtums ausschließende Vorformulierung war hingegen nicht erforderlich. Durch die frühzeitige Aushändigung der Vergabeunterlagen an die erfolgreichen Absolventen des Teilnahmewettbewerbs und die diesen eingeräumte Möglichkeit, etwaige Unklarheiten mit der VSt im Vorfeld auszuräumen, hat die VSt zusätzliche Anstrengungen unternommen, Zweifelsfragen zu klären. Die ASt muss sich darüber hinaus fragen lassen, weshalb sie vor Ablauf der – wie ihr klar sein musste, voraussichtlich letzten – Nachfrist am 08. August 2001 der VSt nicht einen Entwurf der vorgesehenen Erklärung zu Option 3 übermittelt hat. Dies hätte insbesondere angesichts des Umstandes nahegelegen, dass die ASt mit der VSt lediglich über die Anforderungen von Option 1 korrespondiert hatte. Vor allem aber bleibt auch nach der mündlichen Verhandlung unverständlich, weshalb die ASt sich überhaupt dazu entschloss, nicht den „sicheren Weg“ zu gehen und die Erklärung zu Option 1 in den mit Schreiben der B vom 19. Juli 2001 klar benannten Punkten nachzubessern, sondern statt dessen „ergänzend“ eine Erklärung zu Option 3 abzugeben, obwohl diese Option – wie die ASt selbst anerkennt – wirtschaftlich nicht minder belastend als Option 1 sein sollte. Das Risiko des Ausschlusses mit der überraschenden Erklärung vom 08. August 2001 hat die ASt insofern selbst gesetzt.

Unzutreffend erscheint im übrigen die Argumentation der ASt, Option 3 sei insgesamt unsinnig oder rechtswidrig, so dass ihre Nichterfüllung nicht zum Nachteil des Bieters berücksichtigt werden dürfe. Der Bürgschaft fehlt nach Ansicht der ASt jeder Sicherungswert, weil keine bzw. keine hinreichend bestimmte Hauptforderung vorliege; jedenfalls könne keine dynamische Verpflichtung begründet werden, weil die Bürgschaft nach erstmaliger Inanspruchnahme erschöpft sei. Diese Auffassung habe sie allerdings erst im Nachprüfungsverfahren gewonnen. Da letzteres nicht zu widerlegen ist, kann die ASt mit diesen Argumenten zwar ohne Verletzung der Präklusionsvorschrift des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gehört werden, doch hat sie mit ihnen in der Sache keinen Erfolg. Die durch die Bürgschaftserklärung abzusichernde Hauptschuld besteht darin, die Projektgesellschaft mit Eigenkapital in der in Option 1 sowie Punkt G 1.1 des Betreibervertrages genannten Höhe ausgestattet zu halten. Sie folgt aus der genannten Bestimmung des Betreibervertrages, die auch dann gelten dürfte, wenn statt der Kapitalintakthalteerklärung die Optionen 2 oder 3 gewählt werden. Die Antwort der VSt auf Bieterfrage 21 steht dem nicht entgegen, da sie sich nur auf Punkt G 1.2 beziehen dürfte. Hauptschuldner sind die in G 1.2 des Betreibervertrages Genannten, d.h. die Projektgesellschaft selbst bzw. der Auftragnehmer. Zudem kann eine Bürgschaft dem Sicherungszweck entsprechend durchaus auch revolvingend ausgestaltet werden und eine nach erstmaliger Inanspruchnahme nicht erschöpfte Verpflichtung begründen. Im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens besteht im übrigen Gelegenheit dazu, die Erklärungen noch genauer zu fassen. Für das gegenwärtige Verfahrensstadium ist es entscheidend, dass der Bieter durch seine Erklärung zu erkennen gibt, dass er die seitens der VSt gemachten Vorgaben anerkennt und dadurch seine Bereitschaft zeigt, auf dieser für alle Bieter geltenden Basis in nähere Verhandlungen einzutreten. Die seitens der ASt abgegebene Erklärung ist nicht dazu geeignet, der VSt diese Gewissheit zu verschaffen.

Das weitere Argument der ASt, der im Text der Optionen verwandte Begriff der Bilanzsumme sei unklar, ändert ebenfalls nichts an der inhaltlichen Unzulänglichkeit der abgegebenen Bürgschaftszusage. Von der ASt wird unter Hinweis auf die Kommentierungen zu § 267 HGB verneint, dass der im Text der Optionen verwandte Begriff der Bilanzsumme einen ausgewiesenen Fehlbetrag umfasse. Gegen die Auffassung der ASt spricht, dass in § 267 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 2 HGB jeweils auf die „Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrages (§ 268 Abs. 3)“ abgestellt wird. Einer solchen ausdrücklichen Einschränkung des Begriffes der Bilanzsumme be-

dürfte es nicht, wenn der ausgewiesene Fehlbetrag schon grundsätzlich nicht Bestandteil der „Summe der Posten einer Bilanzseite“ wäre, als die die Bilanzsumme üblicherweise definiert wird. Dies legt es nahe, § 267 HGB insoweit als Spezialvorschrift und Bestätigung dafür aufzufassen, dass der in den Optionen ohne nähere Einschränkung verwandte Begriff der Bilanzsumme den Fehlbetrag einschließt. Jedenfalls aber wäre eine Unklarheit des Begriffes für die Unzulänglichkeit der Erklärung der ASt nicht kausal. Denn die Höhe der Differenz zwischen der Zahlungspflicht aus der geforderten Erklärung und jener aus der von der ASt zugesagten Bürgschaft hängt nicht davon ab, welche der beiden Auslegungen des Begriffes der Bilanzsumme man vertritt. Unabhängig von dessen Definition zwänge die geforderte Erklärung – wegen der Verpflichtung, eine bestimmte Eigenkapitalausstattung zu gewährleisten – dazu, zunächst den Fehlbetrag auszugleichen, was nach der von der ASt abgefassten Zusage gerade nicht der Fall ist.

Der ASt kann schließlich auch nicht darin gefolgt werden, dass ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag bei der Projektgesellschaft erst gar nicht entstehen könne, wenn man eine aus dem Betreibervertrag folgende Verpflichtung des Bieters annehmen wolle, die Projektgesellschaft mit genügend Eigenkapital ausgestattet zu halten. Der Anspruch der Projektgesellschaft auf eine solche Ausstattung sei – so die ASt in ihrem nachgelassenen Schriftsatz - bei drohenden Verlusten auf der Passivseite der Projektgesellschaft gegen Eigenkapital einzustellen, so dass es keinen ungedeckten Fehlbetrag geben könne. Die ASt unterstellt dabei, dass die Projektgesellschaft selbst einen solchen Anspruch gegen den Bieter hätte. Da dieser sich jedoch nicht gegenüber der Projektgesellschaft, sondern gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, ließe sich ein solcher Anspruch der Projektgesellschaft nur über § 328 Abs. 1 BGB begründen. Es erscheint fraglich, ob eine Passivierung auch dann möglich ist, wenn lediglich der Auftraggeber einen Anspruch auf Ausstattung der Projektgesellschaft mit genügend Eigenkapital hat. Diese Fragen können jedoch letztlich dahinstehen, weil die Einstellung eines solchen Anspruchs in die Bilanz allenfalls in dem Umfang gerechtfertigt sein kann, in dem er als werthaltig erscheint. Er setzt eine wirksame Verpflichtung ausreichend finanzkräftiger Schuldner voraus, im vorliegenden Fall also eine Verpflichtung der ASt und ihrer Gesellschafter, auch einen Fehlbetrag auszugleichen. Die Zusage, eine solche Verpflichtung zu übernehmen, wurde seitens der ASt und ihrer Gesellschafter aber gerade nicht abgegeben.

Entgegen der Auffassung der ASt zielen die verlangten Erklärungen bei Zugrundelegung der von der VSt und der Vergabekammer vertretenen Auslegung auch nicht entgegen § 14 VOL/A auf eine übermäßige Sicherheitsleistung des Bieters ab. Sie sollen eine Verpflichtung des Bieters und derjenigen Unternehmen, auf die er zum Nachweis seiner finanziellen Leistungsfähigkeit verwiesen hat, für die Finanzierung der Projektgesellschaft begründen. Es handelt sich dabei nicht um eine Sicherheitsleistung i. S. d. § 14 VOL/A, sondern um einen Bestandteil der zu erbringenden Leistung selbst.

- (4) Festzuhalten bleibt demnach, dass weder die ursprüngliche noch die am 08. August 2001 nachgereichte Erklärung genügen, um die Anforderung einer der Optionen zu erfüllen. Die VSt hat dies zutreffend festgestellt und hieraus die Konsequenz gezogen, dass die ASt vom Vergabeverfahren auszuschließen sei. Diese Entscheidung verstößt nicht gegen das Vergaberecht. Durch die in den Vergabeunterlagen festgelegten Grundsätze wird ein Ausschlusszwang begründet, wenn das Angebot des Bieters eine Mindestanforderung nicht erfüllt. Das Angebot der ASt erfüllte nicht die Anforderung A 1, weil die Erklärung gemäß Option 1 inhaltlich unzulänglich war. Die VSt nahm diese Unzulänglichkeit noch nicht zum Anlass für einen sofortigen Ausschluss der ASt vom Verfahren, sondern baute dieser durch Hinweis auf die nachzubessernden Punkte und mehrfache Fristverlängerung im Rahmen eines den Begriff der Aufklärung des Angebotsinhalts zumindest sehr großzügig auslegenden Verfahrens gleichsam „goldene Brücken“, um das Angebot nicht ausschließen zu müssen. Die ASt nahm dies nicht zum Anlass, die am 31. Januar 2001 abgegebene Erklärung in den bemängelten Punkten in der seitens der VSt letztlich sehr deutlich geforderten Weise zu ändern, sondern „ergänzte“ die unverändert unzureichende ursprüngliche Erklärung am Tage des Ablaufs der mehrfach verlängerten Frist um eine Erklärung zu einer anderen Option, die ihrerseits nicht den Anforderungen entsprach. In einer solchen Situation zwang kein vergaberechtlicher Grundsatz die VSt dazu, nochmals eine Frist zur Ausräumung der Unzulänglichkeiten zu gewähren. Vielmehr durfte die VSt davon ausgehen, dass die ASt und ihre Gesellschafter nicht willens oder nicht in der Lage seien, die Mindestanforderung hinsichtlich der finanziellen Absicherung der Projektgesellschaft in der allen Bietern vorgegebenen Weise zu erfüllen.

Dies gilt unabhängig davon, ob man – wie die VSt – die am 08. August 2001 vorgelegte Erklärung aus den beiden oben unter (2) und (3) genannten Gründen oder nur aus einem dieser Gründe für unzureichend hält. Denn die VSt durfte nach mehrfach verlängerter

Frist und deutlicher Klarstellung der Anforderungen davon ausgehen, dass der ASt klar war, wodurch sie die Anforderungen erfüllen konnte. Sie durfte daher eine die Anforderungen in jeder Hinsicht erfüllende Erklärung erwarten. Dieser berechtigten Erwartung hätte die Erklärung vom 08. August 2001 auch dann nicht entsprochen, wenn sie nur in einem der genannten Punkte unzulänglich gewesen wäre. Laut Vermerk vom 15. August 2001 (Anlage 134 zum Vergabevermerk, S. 2 f., Ziff. 2 b, s. auch Vergabevermerk, S. 37) bestand in der 8. Sitzung der Lenkungsgruppe ... unter Vorsitz des Leiters der Grundsatzabteilung der VSt am 08. August 2001 Einvernehmen darüber, dass eine weitere Fristverlängerung bzw. nochmalige Erläuterungen aus Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsätzen nicht würden gegeben werden können, wenn die bis zum 08. August 2001 vorzulegenden Erklärungen der ASt unzureichend sein sollten. Auch die Unzulänglichkeit in nur einem Punkt hätte die Erklärung der ASt nicht zu einer zureichenden Erklärung gemacht; die Anforderungen wären damit weder erfüllt gewesen noch wäre eine neuerliche Fristverlängerung in Betracht gezogen worden.

Konnte die VSt aber nach dem Vorstehenden ermessensfehlerfrei von einer weiteren Aufklärung des Angebots absehen, so war angesichts der Nichterfüllung der Bedingungen die Ausschlussentscheidung rechtmäßig. Angesichts der durch die Vergabeunterlagen eingegangenen Selbstbindung der VSt, bei Nichterfüllung der Mindestbedingungen den Ausschluss zu verhängen, dürfte der VSt insoweit bereits kein Ermessen mehr zugestanden haben, sobald sie von einer weiteren Aufklärung abgesehen hatte. Wollte man der VSt gleichwohl Ermessen zubilligen, so war die Ausschlussentscheidung jedenfalls nicht ermessensfehlerhaft. Das o.g. Protokoll der Sitzung der Lenkungsgruppe und der Vergabevermerk (S. 37) lassen erkennen, dass aus Sicht der VSt aus Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgründen in der vorliegenden Situation nicht mehr von einem Ausschluss der ASt abgesehen werden sollte. Die VSt hat damit die im Rahmen einer Ermessensentscheidung zu beachtenden Gesichtspunkte jedenfalls berücksichtigt und ist zu einem rechtlich nicht zu beanstandenden Ergebnis gelangt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 S. 2 GWB.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war für die VSt nicht erforderlich. Sie hätte ihre Rechte auch mit eigenem Personal zweckentsprechend verfolgen können. Zwar handelt es sich im vorliegenden Fall um ein sehr bedeutsames Vergabeverfahren, so dass keine engherzige Beurteilung angebracht erscheint. Festzustellen ist jedoch, dass die VSt als Bundesministerium sehr wohl über genügend rechtlich – insbesondere auch vergaberechtlich – geschultes Personal verfügt, um ein Nachprüfungsverfahren auch dieser Größenordnung ohne Beauftragung eines externen Bevollmächtigten sachgerecht zu betreuen. Aus den Vergabeakten geht hervor, dass mit dem Vergabeverfahren auf Seiten der VSt zwei Vergabereferate, das Rechtsreferat sowie weitere über juristischen Sachverstand verfügende Fachreferate ständig befasst waren. Eingeschaltet waren daneben das Bundesamt ... sowie insbesondere die Beratergruppe B, der auch der Verfahrensbevollmächtigte der VSt angehört. Durch die beteiligten Personenkreise war eine qualifizierte Betreuung des Vergabeverfahrens während sämtlicher Verfahrensstadien gesichert. Die im Nachprüfungsverfahren behandelten Fragen waren durch dieses Fachpersonal bereits eingehend erörtert worden, bevor die angegriffene Ausschlussentscheidung gefällt wurde. Für die Schriftsätze im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens konnte daher auf detaillierte Stellungnahmen der B und weitere interne Vermerke zu den relevanten Frage zurückgegriffen werden. Angesichts der bereits im Vorfeld erfolgten weitgehenden Klärung der in Rede stehenden Fragen wiesen die abzufassenden Stellungnahmen auch keinen so hohen Schwierigkeitsgrad auf, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten erforderlich gewesen wäre.

Die Beigeladene hat, mit Ausnahme eines Verfahrensantrags in der mündlichen Verhandlung, ihr eine Schriftsatzfrist nachzulassen, keine Anträge gestellt. Durch ihren Vortrag hat sie das Verfahren jedoch wesentlich befördert. Sie hat sich in der mündlichen Verhandlung zwar weitgehend passiv verhalten, in dem nachgelassenen Schriftsatz jedoch die Entscheidung der VSt verteidigt und damit davon Abstand genommen, eine neutrale Position beizubehalten. Ihre schriftsätzliche Argumentation erschöpft sich dabei nicht in einer Wiederholung des bereits von der VSt Vorgetragenen, sondern betont, dass bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen eine Berücksichtigung der Erklärung der ASt vom 08. August 2001 ausscheide. Angesichts dieser deutlichen Parteinahme und inhaltlichen Förderung des Verfahrens er-

scheint es aus Gründen der Billigkeit geboten, die Beigeladene hinsichtlich des Kostenrisikos der von ihr unterstützten VSt gleichzustellen. Angesichts des Obsiegens der VSt hat daher im vorliegenden Verfahren auch die Beigeladene einen Anspruch auf Erstattung ihrer zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen (§ 162 Abs. 3 VwGO in entsprechender Anwendung; vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20. Juli 2000, Verg 2/99; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 14. August 2000, VK 2 – 18/00). Soweit ersichtlich, hat die Beigeladene keinen Verfahrensbevollmächtigten hinzugezogen. Eine solche Hinzuziehung wäre auch nicht erforderlich gewesen.

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 Beschwerdebeurteilung 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.