
Datum: 27.02.2014
Gericht: Landgericht Bielefeld
Spruchkörper: 1. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 O 23/14
ECLI: ECLI:DE:LGBI:2014:0227.1O23.14.00

Tenor:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens hat die Verfügungsklägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Verfügungsklägerin kann die Vollstreckung der Verfügungsbeklagten durch Sicherheitsleistung iHv. 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Verfügungsbeklagte vor der Vollstreckung Sicherheit iHv. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand: 1

Die Verfügungsklägerin begehrt die Versagung der Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber in einem Vergabeverfahren. 2

Die Verfügungsklägerin erwarb die T. e.K. (im Folgenden: T.), über die am 01.10.2012 das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, im Wege eines „Asset Deals“. Die T. baute seit 12 Jahren Notarzteinsatzfahrzeuge (im Folgenden: NEF). 3

Anfang 2013 schrieb die Verfügungsbeklagte die Lieferung von zwei baugleichen, allradbetriebenen Transportern /Kastenwagen mit Ausbau zum NEF für ihre Berufsfeuerwehr öffentlich aus. Die Verfügungsklägerin gab ein Angebot ab. Mit Schreiben vom 07.06.2013 teilte die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin mit, dass das Vergabeverfahren aufgehoben und eine Wiederholung der öffentlichen Ausschreibung in Kürze erfolgen werde. Weiterhin gab sie an, dass die Forderung von Referenzen angepasst werde. Am 15.07.2013 4

wurde in der Neuen Westfälischen und im Westfalenblatt die Lieferung der beiden NEF erneut öffentlich ausgeschrieben.

Die Verfügungsbeklagte übersandte den interessierten Unternehmen, einschließlich der Verfügungsklägerin, ein Angebotsformblatt, die mit „NEF 2013“ überschriebenen Leistungsvergabeunterlagen sowie die zusätzlichen Vertragsbedingungen der Stadt C. für Lieferungen und Leistungen. In ihrem Anschreiben an die Interessenten nahm die Verfügungsbeklagte u.a. auf die VOL/A Bezug.

5

Ziff. 1.3.2 NEF 2013 hat folgenden Wortlaut:

6

„Dem Angebot sind durch den Bewerber Referenzen mit folgenden Anforderungen beizufügen.

7

Der Bewerber muss mindestens 10 verschiedene in der Bundesrepublik Deutschland ansässige und im Rettungsdienst aktiv tätige Auftraggeber (zum Beispiel Feuerwehren, Hilfsorganisationen) benennen, für die er bereits dem ausgeschriebenen Typ vergleichbare NEF innerhalb der letzten vier Kalenderjahre (einschließlich des gesamten Kalenderjahres 2009) gefertigt und geliefert hat. Die Eintragung hat in der Tabelle in Position 5.0 zu erfolgen. Hier ist die geforderte Anzahl der gelieferten NEF zu beachten.

8

Werden weniger als die geforderten 10 verschiedenen Auftraggeber angegeben, führt dies zum Ausschluss des Angebotes (Eintragung in Tabelle Position 5.0).“

9

Mit Schreiben vom 31.07.2013 gab die Verfügungsklägerin ein Angebot mit einem Bruttoangebotspreis von 150.515,98 € ab. Neben dem Angebot der Verfügungsklägerin gingen noch 3 weitere Angebote bei der Verfügungsbeklagten ein. Diese prüfte zunächst die Angebote auf Vollständigkeit und rechnerische Richtigkeit. Die von der Verfügungsklägerin eingereichte Referenzliste (S. 36 NEF 2013, „6.0 Referenzen“) enthielt die Namen von 10 verschiedenen Kunden. Die angegebenen Lieferjahre bewegten sich zwischen 2009 und 2011. Nicht in der Referenzliste aufgeführt war die Auslieferung eines weiteren NEF auf Basis eines VW T5 an die Stadt D.. Ferner erhielt die Verfügungsklägerin am 15.01.2014 von der Stadt E. den Zuschlag für die Auslieferung von zwei NEF. Die Verfügungsbeklagte bezog das Angebot der Verfügungsklägerin in die Prüfung des wirtschaftlichsten Angebotes ein. Auf der Grundlage der den Bietern mitgeteilten Zuschlagskriterien erhielt die Verfügungsklägerin die meisten Punkte. Die Verfügungsbeklagte vereinbarte mit der Verfügungsklägerin für den 14.08.2013 einen Termin für die Vorstellung eines Vorführwagens. Zugleich bat sie die angegebenen Referenzkunden um Bestätigung der Angaben der Verfügungsklägerin und um Mitteilung der mit ihr gemachten Erfahrungen.

10

Die Referenzkunden gaben an, die NEF nicht von der Verfügungsklägerin, sondern von der T. erworben zu haben. Die Stadt F. teilte zudem mit, dass man die NEF nicht 2009, sondern 2006 und 2007 erhalten habe. Die Städte D. und M. gaben an, NEF auf Tuareg-Basis erhalten zu haben, welche sich hinsichtlich des Raumvolumens und der Zuladung von den ausgeschriebenen NEF auf Basis eines Transporters unterscheiden. Die Stadt Q. informierte die Verfügungsbeklagte darüber, dass man das NEF nicht 2009, sondern 2008 erworben habe. Die Stadt G. gab an, dass es schon mehr als 10 Jahre her sei, seit man bei der T. Fahrzeuge gekauft habe. Die Arbeitsgemeinschaft Notfallmedizin e.V. teilte mit, dass man das letzte NEF im Jahr 2007 und nicht – wie angegeben – 2010 erhalten habe.

11

Am 12.08.2013 forderte die Verfügungsbeklagte die Verfügungsklägerin auf, das Verhältnis zur T. aufzuklären. Die Verfügungsklägerin übersandte daraufhin eine Presseerklärung von

12

Oktober 2012, aus der nicht hervorging, dass die T. in die Insolvenz gefallen war. Es fehlte auch die Angabe, inwieweit das Personal und der Maschinenpark von der Verfügungsklägerin übernommen wurden. Auf Nachfrage der Verfügungsbeklagten teilte die Verfügungsklägerin die Insolvenz der T. mit und wies darauf hin, dass diese komplett übernommen und integriert worden sei. Seit der „Neustrukturierung“ habe man keine NEF ausgeliefert.

Am 13.08.2013 teilte die Verfügungsbeklagte unter Bezugnahme auf § 16 Abs. 3 lit.a) VOL/A mit, dass die Verfügungsklägerin aus formellen Gründen von der Ausschreibung auszuschließen sei. Zur Begründung führte sie aus, dass die von der Verfügungsklägerin vorgelegte Referenzliste nicht die Anforderungen der Ausschreibung erfülle. 13

Mit Schreiben vom 16.08.2013 versuchte die Verfügungsklägerin vergeblich, die Verfügungsbeklagte von ihrer Entscheidung abzubringen. Dabei rügte sie erstmals die Anforderungen der Verfügungsbeklagten an die Eignung der Bieter im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens. Erfolglos blieb auch das am 26.08.2013 an die Bezirksregierung Detmold gerichtete Begehren auf fachaufsichtsrechtliches Einschreiten gegenüber der Verfügungsbeklagten. 14

Die Verfügungsbeklagte weigerte sich zuletzt, die Vergabe des Auftrages über den 15.02.2014 hinaus zu unterlassen. 15

Die Verfügungsklägerin ist der Ansicht, dass ihre Eignung in der zweiten Wertungsstufe von der Verfügungsbeklagten verbindlich festgestellt worden sei. Da diese sich mit der Prüfung des wirtschaftlichsten Angebotes bereits in der vierten Wertungsstufe befinde, sei eine willkürliche Rückkehr zur zweiten Wertungsstufe unzulässig. Ferner sei Ziff. 1.3.2 NEF 2013 rechtswidrig, weil sie eine quantitative Vorbedingung für die Bewerberauswahl enthalte, die durch den Gegenstand des Auftrages nicht gerechtfertigt sei. Daraus ergebe sich eine dem Gleichheitsgrundsatz zuwiderlaufende Benachteiligung von kleineren und neuen Unternehmen. Zudem könne aus dem Umfang und der Anzahl vorausgegangener Aufträge nicht zwingend auf die Eignung des Bewerbers geschlossen werden. Ferner könne sie sich auf die Referenzen der T. berufen, da sie – insoweit unstreitig – sämtliche Betriebsmittel und Arbeitnehmer dieses Unternehmens übernommen habe. Zudem sei es unschädlich, dass einige der in der Referenzliste angegebenen NEF auf dem Tuareg-Modell basierten, da die Anforderungen an den Umbau ungeachtet des jeweiligen Fahrzeugtyps gleich seien. Bei rechtmäßigem Vergabeverhalten müsse der Zuschlag auf sie fallen. 16

Die Verfügungsklägerin hat mit dem Antrag zu 2) aus der Antragsschrift vom 24.01.2014 vorab beantragt, 17

der Verfügungsbeklagten wird gegebenenfalls durch Zwischenanordnungen aufgegeben, die Vergabe bis zu einer abschließenden Entscheidung des Gerichts über den Antrag zu 1) zu unterlassen. 18

Mit Beschluss vom 28.01.2014 hat das Gericht der Verfügungsbeklagten aufgegeben, es bis zum Erlass einer Entscheidung des Gerichts über den Antrag zu 1) zu unterlassen, im Rahmen der Ausschreibung zur Lieferung von zwei NEF, veröffentlicht am 15.07.2013 in der Neuen Westfälischen und im Westfalenblatt (Angebotseröffnung 05.08.2013), einem Mitbewerber der Verfügungsklägerin den Zuschlag zu erteilen und mit diesem einen Vertrag abzuschließen. 19

Gegen diesen Beschluss hat die Verfügungsbeklagte mit Schriftsatz vom 19.02.2014 Widerspruch eingelegt. 20

Die Verfügungsklägerin beantragt zuletzt:	21
Die Verfügungsbeklagte hat es unter Anordnung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, zu unterlassen, im Zuge ihrer Ausschreibung für die Lieferung von zwei Notarzteinsetzungsfahrzeugen, veröffentlicht am 15.07.2013 in der Neuen Westfälischen und im Westfalenblatt (Angebotseröffnung 05.08.2013), einem Mitbewerber der Verfügungsklägerin den Zuschlag zu erteilen und mit diesem einen Vertrag abzuschließen.	22
Die Verfügungsbeklagte beantragt:	23
1. Der Beschluss des Landgerichts Bielefeld vom 28.01.2014 – 1 O 23/14 – wird aufgehoben.	24
2. Die Anträge der Verfügungsklägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung aus dem Schriftsatz vom 24.01.2014 werden zurückgewiesen.	25
Die Verfügungsbeklagte behauptet, dass die Stadt I. mitgeteilt habe, dass die T. bei nachfolgenden Ausschreibungen aufgrund mangelnder Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ausgeschlossen sei. Die Stadt Q. habe ihr geschrieben, dass das NEF bei Auslieferung einige Mängel aufwies, welche durch die T. zum Teil nicht behoben worden seien. Der P. Kreis habe sie darüber informiert, dass die Erfahrungen mit der T. „alles andere als gut“ gewesen seien. Die Stadt G. habe mitgeteilt, dass die Abwicklung mit dem Inhaber der T. „alles andere als erfreulich“ gewesen sei. Die Arbeitsgemeinschaft Notfallmedizin e.V. habe geschrieben, dass die nachträgliche Betreuung durch die T. (Service, Kulanz, Garantieleistungen) nicht zufriedenstellend gewesen sei.	26
Sie ist der Ansicht, dass sich die Verfügungsklägerin nicht mehr auf einen etwaigen Verstoß der Vergabebedingungen gegen § 6 Abs. 3 VOL/A berufen könne, weil sie ihn nicht bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gerügt habe. Damit habe sie gegen § 107 Abs. 3 GWB verstoßen, der auch im Unterschwellenbereich im Hinblick auf den Erlass einer einstweiligen Verfügung Anwendung finde. Die Verfügungsklägerin sei auch nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB verpflichtet gewesen, die Verfügungsbeklagte rechtzeitig über einen möglichen Verstoß der Vergabebedingungen gegen § 6 Abs. 3 VOL/A hinzuweisen, damit diese die Möglichkeit gehabt hätte, die Eignungsanforderungen nochmals zu überprüfen. Ungeachtet dessen verstießen die Eignungskriterien der Verfügungsbeklagten nicht gegen § 6 Abs. 3 VOL/A. Denn aufgrund der Tatsache, dass Fehlfunktionen des NEF Auswirkungen auf Leben und Gesundheit der Notfallpatienten haben könnten und es einen steten technischen Fortschritt im Bereich der Notfallmedizin gebe, sei man berechtigt, von den Bietern entsprechende Referenzen aus den vergangenen 4 Jahren zu verlangen. Einen Austausch von Referenzen sehe § 16 Abs. 2 VOL/A indes nicht vor. Angesichts der unwahren Angaben und des Umstandes, dass die angegebenen Referenzen von einem insolventen Unternehmen stammten, fehle es der Verfügungsklägerin an der erforderlichen Zuverlässigkeit. Wegen des bevorstehenden Modellwechsels bei Daimler Benz im Hinblick auf den Typ „Vito“ sei die Erteilung des Auftrages nunmehr eilig.	27
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	28
Entscheidungsgründe:	29
Die Klage ist zulässig aber unbegründet.	30
	31

I.

Die Klage ist zulässig. Nach richtiger Ansicht ist die Prüfung von Rechtsfragen bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich als bürgerlich-rechtliche Streitigkeit zu qualifizieren, für die die Zivilgerichte zuständig sind (§ 13 GVG). Die Gewährung von Primärrechtsschutz wird dabei durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung, gerichtet auf Unterlassung der Auftragsvergabe, gewährleistet, soweit die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (OLG Hamm, Urt. v. 12.02.2008 – 4 U 190/07, zitiert nach juris; OLG Oldenburg, Beschl. v. 02.09.2008 – 8 W 117/08, zitiert nach juris; OLG Thüringen, Urt. v. 08.12.2008 – 9 U 431/08, zitiert nach juris; OLG G., Urt. v. 13.01.2010 – 27 U 1/09, zitiert nach juris; a.A. LG Duisburg, Urt. v. 12.08.2011 – 10 O 285/11, zitiert nach juris; LG Oldenburg, Urt. v. 16.05.2002 – 5 O 1319/02, zitiert nach juris). Hierfür spricht, dass es mit dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch nicht zu vereinbaren ist, den Mitbewerber auf die Inanspruchnahme von Sekundärrechtsschutz zu verweisen, bevor die Möglichkeiten für die Wahrnehmung von Primärrechtsschutz ausgeschöpft wurden (vgl. Weyand, Vergaberecht, 4. Aufl. (2013), § 102 GWB, Rn. 129). Das BVerfG hat insoweit festgestellt, dass ein Unternehmen, welches unterhalb der Schwellenwerte gegen eine Vergabeentscheidung vorgehen will, auf „die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten“ verwiesen sei (BVerfG, Urt. v. 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, Rn. 85, zitiert nach juris). Hierzu gehört auch die einstweilige Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO.

II. 33

Die Klage ist jedoch unbegründet. Die begehrte einstweilige Verfügung war nicht zu erlassen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen. 34

1. 35

Der Verfügungsklägerin steht bereits kein Verfügungsanspruch zu. 36

a) 37

Ein Unterlassungsanspruch folgt nicht aus §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. 38

aa) 39

Schreibt ein öffentlicher Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf förmlich aus, so begründet er damit ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis, aus dem grundsätzlich auch ein Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Handlungen folgen kann (OLG Dresden, Urt. v. 13.08.2013 – 16 W 439/13, Rn. 11, zitiert nach juris). Dieses Schuldverhältnis entsteht in dem Zeitpunkt, in dem der Bieter sein Interesse an der Teilnahme an der Ausschreibung nach außen hin eindeutig manifestiert (Weyand, aaO, § 102, Rn. 130). 40

In dem Augenblick, wo die Verfügungsklägerin die Ausschreibungsunterlagen von der Verfügungsbeklagten angefordert hat, war für letztere erkennbar, dass erstere an dem Ausschreibungsverfahren teilnimmt, sodass ihr gegenüber entsprechende Informations- und Sorgfaltspflichten begründet wurden. 41

bb) 42

Die Verfügungsbeklagte hat keine Pflichtverletzung begangen. Insoweit kann offen bleiben, ob nur willkürliche Verstöße einen Unterlassungsanspruch begründen können (dafür: OLG Hamm, aaO; dagegen: OLG G., aaO, Rn. 43, zitiert nach juris). 43

(1)	44
Der Bieter ist in der Regel in seinem Vertrauen auf ein vergaberechtskonformes Verfahren geschützt. Hierzu gehört die Einhaltung der Regeln der einschlägigen Vergabe- und Vertragsordnung (Weyand, aaO, § 102 GWB, Rn. 142). Außerhalb der Geltung des GWB genießen Regeln der einschlägigen Vergabe- und Vertragsordnung zwar nicht ohne Weiteres Vertrauensschutz, denn sie beinhalten lediglich in allgemeine Form gefasste innerdienstliche Anweisungen für öffentliche Auftraggeber, sind als solche keine Rechtsnormen und begründen keine unmittelbare Rechtswirkung im Außenverhältnis. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Auftraggeber der jeweiligen Vergabe- und Vertragsordnung Außenwirkung verliehen hat, indem er sich ihr ausdrücklich unterworfen hat (OLG Thüringen, aaO, Rn. 35, zitiert nach juris).	45
Die Verfügungsbeklagte hat in ihrer „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (VOL)“ vom 10.07.2013 u.a. auf die VOL/A Bezug genommen. Es wird daher selbst von ihr nicht in Zweifel gezogen, dass sie sich insoweit der VOL/A unterworfen hat.	46
(2)	47
Die Verfügungsbeklagte durfte auch dann noch eine Eignungsprüfung der Verfügungsklägerin vornehmen bzw. zu dieser Prüfungsebene zurückkehren, nachdem sie bereits mit der Prüfung der Wirtschaftlichkeit des Angebotes begonnen hat.	48
(a)	49
Die Wertung der Angebote erfolgt grds. in vier Stufen: Auf der ersten Stufe werden die Angebote ermittelt, die wegen inhaltlicher oder formeller Mängel auszuschließen sind (§ 16 Abs. 1-4 VOL/A). Auf der zweiten Stufe wird die Eignung der Bieter in persönlicher und sachlicher Hinsicht geprüft (§ 16 Abs. 5 VOL/A). Die dritte Stufe befasst sich mit der Prüfung der Angebotspreise (§ 16 Abs. 6 VOL/A). Die vierte Stufe beinhaltet die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes (§ 18 Abs. 1 VOL/A). Diese vier Wertungsstufen sind unbedingt voneinander zu trennen. Das heißt, dass Aspekte, die bereits auf einer Stufe der Angebotsprüfung eine Rolle gespielt haben, bei der späteren Wertung nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Das Gebot der Trennung ist somit inhaltlicher und nicht zeitlicher Natur. Das bedeutet, dass kein logischer Zwang besteht, die Eignung abschließend vor der Wirtschaftlichkeit zu prüfen. Aus diesem Grund ist es auch unproblematisch, wenn der Auftraggeber in eine erneute Prüfung der Eignung eintritt. Dieser Schritt kann sogar geboten sein, wenn er nachträglich von entsprechenden Verfehlungen des Bieters erfährt (Weyand, aaO, § 16 VOL/A, Rn. 33).	50
(b)	51
Die Verfügungsbeklagte war somit nicht daran gehindert, die Eignungsprüfung und die Prüfung des wirtschaftlichsten Angebotes zeitlich parallel zu betreiben, solange sie sich inhaltlich nicht überlappten. Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass die Eignungsprüfung zunächst abgeschlossen war, durfte die Verfügungsbeklagte vor dem Hintergrund der unzutreffenden Angaben der Verfügungsklägerin wieder in die Eignungsprüfung eintreten. Denn die Verfügungsbeklagte hatte u.a. Anlass, an der Zuverlässigkeit der Verfügungsklägerin zu zweifeln (wird noch ausgeführt).	52
(3)	53
	54

Ziff. 1.3.2 NEF 2013 verstößt auch nicht gegen § 6 Abs. 3 VOL/A.

- (a) 55
- Nach § 6 Abs. 3 S.1 VOL/A dürfen nur solche Angaben verlangt werden, die durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sind. Dabei wird von den Vergabestellen erwartet, dass sie die Möglichkeit der Erarbeitung der geforderten Fachkunde auch für „Newcomer“ eröffnen (VK Sachsen, Beschl. v. 21.07.2005 – 1/SVK/076-05, Rn. 74, zitiert nach juris). Je geringer die Anforderungen des Auftraggebers sind, desto höher ist jedoch die Gefahr, dass der Auftrag an einen Bieter vergeben wird, der sich als nicht geeignet erweist. Die damit verbundene Abwägungsentscheidung unterliegt der originären Beurteilung des Anbieters. Dabei ist es nicht ermessensfehlerhaft, wenn die Vergabestelle im Interesse der Gefahrenabwehr für die Allgemeinheit hohe Anforderungen an die Eignung der Bieter richtet (OLG G., Beschl. v. 22.09.2005 - VII-Verg 49/05, VII-Verg 50/05, Verg 49/05, Verg 50/05, Rn. 48, zitiert nach juris; Weyand, aaO, § 6 VOL/A, Rn. 83 iVm. § 97 GWB, Rn. 976). 56
- (b) 57
- Unter Zugrundelegung dieses rechtlichen Maßstabes verstößt Ziff. 1.3.2 NEF 2013 nicht gegen § 6 Abs. 3 VOL/A. Denn der Umbau eines Transporters in ein NEF ist technisch anspruchsvoll und eine Fehlfunktion des NEF könnte eine Gefahr für den betroffenen Notfallpatienten bedeuten. Die Gesundheit und das Leben dieser Menschen sind jedoch höher zu bewerten, als die wirtschaftlichen Interessen von „Newcomern“. Dabei ist auch nicht davon auszugehen, dass die Verfügungsbeklagte ihre Anforderungen an die Bieter überspannt hat, da lediglich Nachweise von 10 verschiedenen Kunden innerhalb der letzten 4 Jahre verlangt werden. Angesichts des bestehenden technischen Fortschritts, kann aus einer entsprechenden Tätigkeit der Rechtsvorgängerin der Verfügungsklägerin, welche vor diesem Zeitraum anzusiedeln ist, auch nicht ohne weiteres auf eine Eignung für gegenwärtige Umbauten geschlossen werden. 58
- (4) 59
- Des Weiteren ist auch in der fehlenden Berücksichtigung nachgereichter Referenzen durch die Verfügungsbeklagte keine Pflichtverletzung zu sehen. Denn im Grundsatz sind Angebote, welche nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen enthalten, gem. § 16 Abs. 3 lit.a) VOL/A auszuschließen. Die Verfügungsbeklagte hat exakt angegeben, welche Eignungsnachweise die Verfügungsklägerin vorzulegen hat. Es wurde ferner in dem Schreiben der Verfügungsbeklagten vom 10.07.2013 (Anlage AG1) darauf hingewiesen, dass unvollständige Angaben zum Ausschluss des Angebotes führen können. Nach § 16 Abs. 2 VOL/A kann der Anbieter Erklärungen und Nachweise nachfordern. Weil im vorliegenden Fall keine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt, steht dem jedoch kein Recht der Verfügungsklägerin auf Nachreichung weiterer Referenzen gegenüber. Überdies war das Unterlassen einer Nachforderung durch die Verfügungsbeklagte nicht ermessensfehlerhaft. 60
- (5) 61
- Schließlich kann die Verfügungsklägerin schon deshalb nicht die Unterlassung der Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber verlangen, weil dies bedeuten würde, dass der Auftrag nur an sie vergeben werden könnte. Dagegen spricht jedoch, dass die Verfügungsklägerin in ihrem Angebot nachweislich falsche Angaben gemacht hat. Damit bestanden ungeachtet des Umstandes, dass die Anforderungen von Ziff. 1.3.2 NEF 2013 nicht erfüllt waren und damit ein Ausschluss des Angebotes nach § 16 Abs. 3 lit.a) VOL/A 62

gerechtfertigt war auch Zweifel an der Zuverlässigkeit der Verfügungsklägerin. Denn ein Ausschluss wegen mangelnder Zuverlässigkeit ist auch in den Fällen angezeigt, wo ein Bieter wahrheitswidrige Angaben gegenüber dem Auftraggeber macht und diesen somit über seine Eignung täuscht (vgl. Weyand, § 16 VOL/A, Rn. 666 iVm. § 97 GWB, Rn. 792, Sp. 17). In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Verfügungsklägerin erst auf Nachfrage eingeräumt hat, dass sich die T. in der Insolvenz befunden hat. Ob die z.T. negativen Äußerungen der Referenzkunden über die Produkte und den Service der T. zutreffend sind, ist deshalb nicht mehr entscheidungserheblich.

b) 63

Ein Unterlassungsanspruch der Verfügungsklägerin ergibt sich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 3 GG. Ein solcher Anspruch setzt voraus, dass der Auftraggeber willkürlich, mithin ohne sachlich gerechtfertigten Grund, Vergabevorschriften verletzt und durch die Verletzung dem Bieter deswegen ein Schaden droht (Weyand, aaO, § 102 GWB, Rn. 144). Hier fehlt es aus den bereits ausgeführten Gründen bereits an der Verletzung einer Vergabevorschrift, sodass es auf die Frage der Willkürlichkeit nicht ankommt. 64

2. 65

Wenngleich es im Ergebnis darauf nicht mehr ankommt, ist ergänzend anzumerken, dass der Verfügungsklägerin auch kein Verfügungsgrund zustand. 66

a) 67

Ein Verfügungsgrund ist nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur immer dann gegeben, wenn die objektiv begründete Besorgnis besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragsstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden kann. Dabei hat eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen (Weyand, aaO, § 102 GWB, Rn. 139). 68

Zum Teil wird das Vorliegen eines Verfügungsgrundes zutreffend verneint, wenn der Bieter es versäumt hat, den Vergabeverstoß unverzüglich zu rügen (LG Wiesbaden, Beschl. v. 12.07.2012 – 4 O 17/12, zitiert nach juris; LG Berlin, Beschl. v. 05.12.2011 – 52 O 254/11, zitiert nach juris; Summa, in: jurisPK, Vergaberecht, 4. Aufl. (2013), VT zu § 100 GWB, Rn. 25ff.). Die Pflicht zur rechtzeitigen Rüge etwaiger Verstöße im Ausschreibungsverfahren wird im Unterschwellenbereich teilweise auf eine analoge Anwendung von § 107 Abs. 3 Nr.2 GWB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 242 BGB gestützt (vgl. zuletzt OLG München, 11.04.2013 – Verg 3/13, Rn. 24, zitiert nach juris). 69

b) 70

Die Verfügungsklägerin wendet ein, dass die Verfügungsbeklagte bereits nach Aufhebung der ersten öffentlichen Ausschreibung Anfang 2013 gewusst habe, dass die Anforderungen an die vorzulegenden Referenzen unzulässig gewesen seien. Dies habe sie in ihrem Schreiben vom 07.06.2013 selbst eingeräumt. Dabei verkennt die Verfügungsklägerin, dass die Verfügungsbeklagte die Anforderungen an die von den Bietern einzureichende Referenzliste im Rahmen ihrer zweiten Ausschreibung angepasst hat und deshalb davon ausging, dass sie den Anforderungen nunmehr entsprach. Soweit die Verfügungsbeklagte damals davon ausging, dass auch die überarbeiteten Vorgaben an die Referenzliste rechtswidrig seien, hätte sie die Verfügungsbeklagte darauf unverzüglich aufmerksam 71

machen müssen. Weiterhin hätte sie sich – wie sie es später dann auch getan hat – an die zuständige Bezirksregierung wenden können. Stattdessen hat sie jedoch gegenüber der Verfügungsbeklagten durch falsche Angaben den Eindruck zu erwecken versucht, man könne den Anforderungen von Ziff. 1.3.2 NEF 2013 gerecht werden. Erst nachdem die Verfügungsklägerin von dem Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen wurde, verlegte sie sich auf die Geltendmachung eines Verstoßes der Vergabebedingungen gegen § 6 Abs. 3 VOL/A. Ein solches Verhalten ist als treuwidrig anzusehen.

3. 72

Der Widerspruch und der Antrag zu 1) der Verfügungsbeklagten haben sich mit Durchführung der mündlichen Verhandlung durch Zeitablauf erledigt. Ein Kostenwiderspruch kommt nicht in Betracht, da die Verfügungsklägerin ohnehin die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. 73

III. 74

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr.6, 711 ZPO. 75

IV. 76

Der Streitwert wird auf 8.000,00 € festgesetzt. Dabei richtet sich die Bestimmung des Streitwertes nicht nach § 50 Abs. 2 GKG, sondern nach § 53 Abs. 1 Nr.1 GKG, § 3 ZPO, wobei 5 Prozent der Angebotssumme des Angebots des Verfügungsklägers angemessen sind, wenn nichts dafür ersichtlich ist, dass das von ihm verfolgte wirtschaftliche Interesse höher liegt (OLG F., Beschl. v. 13.09.2011 – 6 W 51/11, zitiert nach juris; Weyand, aaO, § 102 GWB, Rn. 158f.; a.A. OLG Stuttgart, Urt. v. 09.08.2010 – 2 W 37/10, zitiert nach juris). 77