

---

**Datum:** 12.03.2003  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** Vergabesenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** VII-Verg 49/02  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2003:0312.VII.VERG49.02.00

---

**Tenor:**

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin werden die auf den 4.9.2002 datierten Beschlüsse (Aktenzeichen VK 9/2002) der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln in der vom stellen-planmäßigen Vertreter des Vorsitzenden der Vergabekammer (nebst Verhinderungsvermerk betreffend den Vorsitzenden der Vergabekammer), vom hauptamtlichen Beisitzer sowie vom ehren-amtlichen Beisitzer der Vergabekammer unterzeichneten Fassung und in der Fassung, die vom hauptamtlichen Beisitzer (mit Verhinderungsvermerk zugleich für den Vorsitzenden der Vergabekammer) sowie vom ehrenamtlichen Beisitzer der Vergabekammer unterzeichnet worden ist, aufgehoben.
2. Die Auftragsvergabe vom 24.6.2002 an die Beigeladene ist nichtig.
3. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, in die Prüfung, ob es sich bei dem Angebot der Antragstellerin um ein aus der Angebotswertung auszuschheidendes ungewöhnlich niedriges Angebot im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A handelt, durch Aufklärung der hierfür maßgebenden, und zwar die Auskömmlichkeit des Angebotspreises und die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin betreffenden tatsächlichen Umstände erneut einzutreten und entsprechend dem Ergebnis dieser Überprüfung - gegebenenfalls unter Einschluss des Angebots der Antragstellerin - die in die engere Wahl zu ziehenden Angebote erneut zu werten.

4. Die Kosten des erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahrens werden der Antragsgegnerin auferlegt, die auch die notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin in jenem Verfahren zu tragen hat. Die Beigeladene hat ihre im ersten Rechtszug des Nachprüfungsverfahrens entstandenen Aufwendungen selbst zu tragen.

5. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

6. Die Zuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war für die Antragstellerin im erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahren notwendig.

7. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 25.000 Euro festgesetzt.

---

## Gründe:

- I. Die Antragsgegnerin (zugleich die Vergabestelle) schrieb im März 2002 ihre Absicht einer Erneuerung der Heizungsanlage nebst Wärmelieferung in der Form eines sog. Anlagen-Contracting für das R-Gymnasium in S aus. Die Bekanntmachung erfolgte national als "Öffentliche Ausschreibung gemäß § 17 VOB/A". Angebote konnten bis zum 30.4.2002 eingereicht werden. Die Leistung sollte nach gelieferter Wärmemenge (je Megawattstunde/MWh) vergütet werden. Aus der von Bietern mit den Verdingungsunterlagen angeforderten Leistungsbeschreibung ging hervor, dass ein Wärmelieferungsvertrag auf 10 Jahre befristet werden und dass die Heizungsanlage danach ohne Zahlung eines weiteren Entgelts in das Eigentum der Antragsgegnerin übergehen sollte. Die Bauleistungs- und die Wärmelieferungskosten (diese für eine Laufzeit von 10 Jahren) waren zusammen auf über 700.000 Euro geschätzt worden. 1
- Neben der Antragstellerin gaben die Beigeladene und ein dritter Bieter Angebote ab. Das Angebot der Antragstellerin war das preisgünstigste. Es folgte das Angebot der Beigeladenen. Die Antragsgegnerin vergab den Zuschlag unter dem 24.6.2002 an die Beigeladene. Unter demselben Datum teilte sie der Antragstellerin mit, "dass der Auftrag anderweitig vergeben wurde." 2
- Im anschließenden Nachprüfungsverfahren, welches die Antragstellerin daraufhin angestrengt hat, haben die Beteiligten über die Rechtsgrundlagen der Auftragsvergabe (VOB/A oder VOL/A), über das hiervon abhängige Gebot zu europaweiter Bekanntmachung sowie über die Zulässigkeit und die Begründetheit des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin gestritten. Die Antragsgegnerin hat insbesondere behauptet, der Angebotspreis der Antragstellerin sei unangemessen niedrig. Außerdem weiche ihr Angebot in verschiedenen Punkten von der Leistungsbeschreibung ab. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene, die sich im Verfahren schriftsätzlich geäußert hat, haben Zurückweisung des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin begehrt. 3
- 4

- Mit ihrem Beschluss vom 4.9.2002 hat die Vergabekammer der Antragsgegnerin aufgegeben, die Ausschreibung aufzuheben und eine eventuelle Neuausschreibung nach VOL/A durchzuführen. Sie hat dies damit begründet, seinem Schwerpunkt nach sei das vorliegend überprüfte Anlagen-Contracting als Lieferauftrag zu bewerten, der wegen eindeutiger Überschreitung des Schwellenwerts europaweit (und nicht nur national) auszuschreiben gewesen sei. Zwar sei die Antragstellerin in ihren Bieterrechten deswegen wohl konkret nicht verletzt. Doch wiege der Vergaberechtsverstoß einer fehlerhaften Ausschreibung so schwer, dass - im Sinn einer der Vergabekammer durch § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB gestatteten Einwirkung auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens - eine Aufhebung des Verfahrens geboten sei. 5
- Der Beschluss der Vergabekammer ist - insoweit für den Vorsitzenden der Vergabekammer - von seinem stellenplanmäßigen Vertreter, vom hauptamtlichen Beisitzer sowie vom nebenamtlichen Beisitzer unterschrieben worden. An der mündlichen Verhandlung vom 1.8.2002 und an der Entscheidungsfindung haben (ausweislich des Verhandlungsprotokolls und des Beschlusseingangs) dagegen der Vorsitzende der Vergabekammer persönlich, der hauptamtliche Beisitzer sowie der ehrenamtliche Beisitzer mitgewirkt. Bei seiner Unterschrift hat der stellenplanmäßige Vertreter des Vorsitzenden der Vergabekammer einen Verhinderungsvermerk für den (wegen Urlaubsabwesenheit) an der Unterschrift gehinderten Vorsitzenden der Vergabekammer angebracht. Der Vorsitzende der Vergabekammer hat den Beschluss nach Wegfall seiner Verhinderung paraphiert. 6
- Die Antragsgegnerin hat gegen den Beschluss der Vergabekammer unter dem 18.9.2002 sofortige Beschwerde eingelegt, mit der sie ihren einer Unzulässigkeit und Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags geltenden erstinstanzlichen Vortrag erneuert und ergänzt. Die Antragsgegnerin tritt namentlich der Auffassung, das Vergabeverfahren sei nach VOL/A durchzuführen, entgegen. Sie macht weiterhin geltend, die Antragstellerin habe ein sog. Unterkostenangebot abgegeben. 7
- Nach Einlegung dieser Beschwerde (und nach Ablauf der - bis zum 6.9.2002 verlängerten - Entscheidungsfrist des § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB) hat die Vergabekammer den Beteiligten eine weitere Ausfertigung oder eine weitere Urschrift des Beschlusses vom 4.9.2002 zustellen lassen, die nunmehr von ihrem hauptamtlichen Beisitzer, von diesem mit Verhinderungsvermerk zugleich für den wegen Ortsabwesenheit an der Unterzeichnung verhinderten Vorsitzenden der Vergabekammer, und vom ehrenamtlichen Beisitzer der Vergabekammer unterschrieben ist. 8
- Gegen diesen Beschluss hat die Antragsgegnerin unter dem 4.12.2002 ebenfalls sofortige Beschwerde erhoben. 9
- Die Antragstellerin hat "gegen einen etwa gemäß § 116 Abs. 2 GWB zu fingierenden Beschluss", wonach ihr Nachprüfungsantrag als abgelehnt gelte, ihrerseits sofortige Beschwerde eingelegt, die sie mit einem Antrag auf Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde verbunden hat. Mit ihrem Rechtsmittel hält die Antragstellerin unter gleichzeitiger Vertiefung die bisher von ihr eingenommenen Rechtsstandpunkte aufrecht. Sie meint außerdem, der der Beigeladenen erteilte Zuschlag sei gemäß § 13 VgV unwirksam. 10
- Im Senatstermin ist der Antragstellerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde, die sie gegen eine gemäß § 116 Abs. 2 GWB eingetretene Ablehnung ihres Nachprüfungsantrags eingelegt hat, gewährt worden. 11

Die Antragstellerin beantragt,	12
unter Aufhebung einer gemäß § 116 Abs. 2 GWB kraft Gesetzes eingetretenen Ablehnung ihres Nachprüfungsantrags in dem von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergabeverfahren die zur Beseitigung einer Rechtsverletzung geeigneten Maßnahmen zu treffen.	13
Die Antragsgegnerin beantragt,	14
die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen,	15
und mit ihren eigenen Rechtsmitteln,	16
die beiden vorstehend wiedergegebenen Beschlüsse der Vergabekammer (jeweils mit dem Aktenzeichen VK 9/2002) aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.	17
Die Antragstellerin hat - soweit die Antragsgegnerin eine Aufhebung der Beschlüsse der Vergabekammer begehrt - keine Gegenanträge gestellt.	18
Die Beigeladene hat sich am Beschwerdeverfahren nicht aktiv beteiligt.	19
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze und die mit diesen vorgelegten Anlagen sowie auf die beigezogenen Vergabeakten und die Akten der Vergabekammer Bezug genommen.	20
II. Der Senat hat die eingelegten Beschwerden gemäß den §§ 147 ZPO, 73 Nr. 2, 120 Abs. 2 GWB zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbunden, da die Gegenstände der Rechtsmittel in rechtlichem Zusammenhang stehen.	21
Die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin haben aus verfahrensrechtlichen Gründen Erfolg. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist begründet, da die Nichtberücksichtigung ihres Angebots bislang vergaberechtswidrig ist.	22
a) Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin vom 18.9.2002, die gegen den vom stellenplanmäßigen Vertreter des Vorsitzenden der Vergabekammer (nebst Verhinderungsvermerk betreffend den Vorsitzenden der Vergabekammer) mit unterzeichneten Beschluss der Vergabekammer vom 4.9.2002 gerichtet ist, ist zulässig und wegen nicht ordnungsgemäßer Unterzeichnung dieses Beschlusses begründet. Dies ist festzustellen, ohne dass es eines Eintretens in eine Sachprüfung des Vergabeverfahrens bedarf.	23
1. Die Antragsgegnerin hat ein Rechtsschutzinteresse an der von ihr beantragten Aufhebung dieses Beschlusses, durch den ihr aufgegeben worden ist, die "Ausschreibung aufzuheben" und eine eventuelle Neuausschreibung nach Maßgabe der Vorschriften der VOL/A (gemeint ist deren zweiter Abschnitt) durchzuführen. Der angefochtene Beschluss erzeugt den Anschein einer wirksamen, im Vergabeverfahren zu beachtenden und im Fall einer Zuwiderhandlung gemäß § 114 Abs. 3 Satz 2 GWB vollstreckbaren Entscheidung, die im Interesse einer verbindlichen Klarstellung der für die Beteiligten geltenden wirklichen Rechtslage einer Aufhebung unterliegt, sofern der dahingehende Antrag begründet ist (vgl. die zu vergleichbaren Fallgestaltungen ergangenen Entscheidungen OLG Düsseldorf VergabeR 2002, 89, 93; 2001, 154, 158 - Beschlüsse des Senats vom 22.1.2001, Az. Verg 24/00, und vom 5.10.2001, Az. Verg 18/01). Die hiergegen gerichtete Argumentation der	24

Antragstellerin, der Antragsgegnerin sei ein Rechtsschutzinteresse an der beantragten Aufhebung abzusprechen, da ihre, der Antragstellerin, sofortige Beschwerde gegen eine kraft Gesetzes gemäß § 116 Abs. 2 GWB eingetretene Ablehnung ihres Nachprüfungsantrags (im Vorgriff auf die weiter unten noch darzustellende Rechtslage) letztlich erfolgreich sei, trifft nicht den Kern der rechtlichen Überlegungen, aus denen der Antragsgegnerin ein Rechtsschutzinteresse an einer (klarstellenden) Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zuzuerkennen ist. Dieser Beschluss erweckt - ungeachtet eines möglichen Rechtsfehlers - jedenfalls den Rechtsschein einer für das weitere Vergabeverfahren maßgebenden Entscheidung, an dessen Beseitigung die Antragsgegnerin fraglos ein schutzwürdiges Interesse besitzt. Außerdem übersieht die Antragstellerin, dass ihre sofortige Beschwerde tatsächlich nicht veranlasst gewesen wäre, hätte die Antragsgegnerin nicht ihrerseits ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Vergabekammer vom 4.9.2002 eingelegt und hätte dieses nicht möglicherweise eine Aufhebung dieser Entscheidung zur Folge.

2. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist begründet. Gemäß den §§ 112 Abs. 1 Satz 1, 105 Abs. 2 GWB entscheidet die Vergabekammer in der Besetzung mit einem Vorsitzenden, einem hauptamtlichen Beisitzer und einem ehrenamtlichen Beisitzer über einen Nachprüfungsantrag auf Grund einer mündlichen Verhandlung (ein in § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB geregelter Ausnahmefall, in dem mit Zustimmung der Beteiligten von einer mündlichen Verhandlung abgesehen worden ist, liegt hier nicht vor). Nach § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB hat die Vergabekammer ihre Entscheidung - gerechnet vom Eingang des Nachprüfungsantrags an - innerhalb einer Frist von fünf Wochen zu treffen und schriftlich zu begründen. Die Entscheidungsfrist ist im Streitfall gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 und 3 GWB bis zum 6.9.2002 wirksam verlängert worden. Die in schriftlicher Form abgesetzte Entscheidung ist gemäß § 5 Abs. 2, 9. Spiegelstrich der von der Landesregierung des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen, die nach § 106 Abs. 2 GWB über die insoweit erforderliche Regelungsgewalt verfügt, erlassenen Gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern bei den Bezirksregierungen des Landes Nordrhein-Westfalen von den (beiden) hauptamtlichen Mitgliedern der Vergabekammer zu unterschreiben. Es versteht sich von selbst, dass diese Unterschriften rechtswirksam nur von denjenigen hauptamtlichen Mitgliedern der Vergabekammer geleistet werden können, die an der mündlichen Verhandlung teilgenommen und an der Entscheidungsfindung mitgewirkt haben (§ 112 Abs. 1 Satz 1 GWB). Nur diese sind rechtlich dazu in der Lage, die Übereinstimmung der schriftlich abgefassten Entscheidung mit der auf Grund der mündlichen Verhandlung beratenen und ermittelten Entscheidung zu verbürgen. Ist ein hauptamtliches Mitglied der Vergabekammer durch Ortsabwesenheit verhindert, der Urschrift der Entscheidung seine Unterschrift beizufügen, so ist dies in entsprechender Anwendung von § 315 Abs. 1 Satz 2 ZPO (auf den im Übrigen auch § 173 VwGO verweist) unter Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden der Vergabekammer, der an der mündlichen Verhandlung, auf die die Entscheidung gefasst worden ist, teilgenommen hat, und bei dessen Verhinderung vom hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer, welcher an jener mündlichen Verhandlung teilgenommen hat, unter der Entscheidung zu vermerken (vgl. OLG Düsseldorf VergabeR 2001, 154, 156). Eine Entscheidung der Vergabekammer, der es (gemäß der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern bei den Bezirksregierungen des Landes Nordrhein-Westfalen) an den dargestellten Erfordernissen an die Unterschriften der hauptamtlichen Mitglieder mangelt, ist im Rechtssinn nicht existent. Sie hat die rechtliche Qualität eines Entwurfs. Der - innerhalb der Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 GWB nicht behobene - Mangel der Unterschriftsleistung unter eine Entscheidung der Vergabekammer steht dem im Gesetz, nämlich in § 116 Abs. 2 GWB, geregelten Fall gleich, in dem die Vergabekammer innerhalb der Frist des § 113 Abs. 1 GWB nicht entschieden hat und in dem der Nachprüfungsantrag deshalb als abgelehnt gilt. Die dargestellte Rechtslage (zu der auf die Beschlüsse des Senats

vom 22.1.2001, Az. Verg 24/00, und vom 5.10.2001, Az. Verg 18/01, veröffentlicht in VergabeR 2001, 154 und 2002, 89, zu verweisen ist) entspricht dem zur Unterschriftenlage ergangenen Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12.6.2001 (VergabeR 2001, 286).

Dadurch, dass der Vorsitzende der Vergabekammer den Beschluss zusätzlich paraphiert hat, ist eine Heilung des Unterschriftsmangels nicht eingetreten. Eine Paraphierung stellt als ein rein innerbehördlicher Akt im Rechtssinn keine Unterschriftleistung dar (vgl. BGHZ 57, 160, 165; 76, 236, 241). Außerdem hat der Vorsitzende der Vergabekammer - wie aus seiner den Beteiligten zur Kenntnis gebrachten dienstlichen Äußerung vom 7.11.2002 hervor geht - den Beschluss erst am 9.9.2002 paraphiert, mithin nach Ablauf der bis zum 6.9.2002 verlängerten Entscheidungsfrist des § 113 Abs. 1 GWB. Zu diesem Zeitpunkt war die Rechtsfolge des § 116 Abs. 2 GWB, wonach der Nachprüfungsantrag als abgelehnt gilt, bereits eingetreten. 26

Der tatsächliche Beschluss der Vergabekammer, der Gegenstand der sofortigen Beschwerde der Antragsgegnerin vom 18.9.2002 ist, steht im Widerspruch zu der kraft Gesetzes gemäß § 116 Abs. 2 GWB eingetretenen Rechtsfolge, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als abgelehnt gilt. Er ist deshalb aufzuheben. Der dagegen gerichteten Rechtsauffassung der Antragstellerin, wonach § 116 Abs. 2 GWB in solchen Fällen nicht anzuwenden sei, in denen ein von der Vergabestelle bereits erteilter Zuschlag - wie auch im vorliegenden Fall in Betracht kommt - nach § 13 Satz 4 VgV unwirksam sei, ist nicht beizupflichten. Die gesetzliche Vorschrift enthält keine dahingehende Ausnahmeregelung. Die Ablehnungsfiktion des § 116 Abs. 2 GWB soll vielmehr in allen Fällen wirksam werden, in denen die Vergabekammer innerhalb der gesetzlichen (und ggf. nach Maßgabe von § 113 Abs. 1 Satz 2 und 3 GWB verlängerten) Frist über den Nachprüfungsantrag in der gehörigen Form nicht entschieden hat. 27

b) Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin vom 4.12.2002, die sich gegen die - nach Ablauf der Entscheidungsfrist des § 113 Abs. 1 GWB - nunmehr mit einer ordnungsgemäßen Unterschriftsleistung versehene Fassung des Beschlusses der Vergabekammer vom 4.9.2002 wendet, ist ebenfalls zulässig und begründet. In dieser Beschlussfassung hat der hauptamtliche Beisitzer die Unterschrift des an der Unterzeichnung des schriftlich abgesetzten Beschlusses verhinderten Vorsitzenden der Vergabekammer nebst Verhinderungsvermerk ersetzt. 28

1. Ein Rechtsschutzinteresse der Antragsgegnerin an einer Aufhebung auch dieses Beschlusses ist nicht zu verneinen, da auch diese Beschlussfassung den Rechtsschein einer wirksamen Entscheidung der Vergabekammer erzeugt. 29

2. In der Sache ist der bezüglich der Unterschriftenlage "nachgebesserte" Beschluss ebenfalls als fehlerhaft zu beanstanden. Die gesetzliche Bestimmung des § 116 Abs. 2 GWB lässt eine Heilung des Unterschriftsmangels nach Ablauf der Entscheidungsfrist des § 113 Abs. 1 GWB und eine Abwendung der auf Grund des Mangels eintretenden gesetzlichen Rechtsfolge, wonach der Nachprüfungsantrag als abgelehnt gilt, nicht zu (vgl. OLG Düsseldorf VergabeR 2001, 154, 156 f.; 2002, 89, 93). Die gegenteilige Rechtsansicht der Antragstellerin (eine Unterschrift könne jederzeit nachgeholt werden) ist für das Vergabeverfahrensrecht unzutreffend, da anderenfalls die zwingende gesetzliche Anordnung in § 116 Abs. 2 GWB unterlaufen würde. Der Regelungsgehalt dieser Vorschrift erfasst nicht nur den Fall, dass die Vergabekammer innerhalb der Entscheidungsfrist überhaupt keine Entscheidung getroffen hat, sondern auch die hier gegebene Sachlage, dass innerhalb dieser Frist keine mit den notwendigen Unterschriften versehene Entscheidung ergangen ist (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O.). Die Ausfertigung oder Urschrift eines Beschlusses, auf dem ein Unterschriftsmangel nachträglich beseitigt worden ist, teilt das rechtliche Schicksal eines mit 30

einem derartigen Mangel von Anfang an behafteten Beschlusses. Ein derartiger Beschluss ist lediglich tatsächlich existent, ohne dass ihm im Rechtssinn die Qualität einer "Entscheidung" zukommt. Auf die (weitere) sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist demnach auch der Beschluss der Vergabekammer vom 4.9.2002 in der allein durch den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer unterschriebenen Fassung (klarstellend) aufzuheben.

c) Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin richtet sich gegen die kraft Gesetzes nach § 116 Abs. 2 GWB eingetretene Ablehnung ihres Nachprüfungsantrags. Es ist damit eine andere Entscheidung als mit den sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin angegriffen. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin eröffnet daher an sich ein neues zweitinstanzliches Nachprüfungsverfahren. Um eine Anschlussbeschwerde im Rechtssinn handelt es sich hierbei nicht (vgl. OLG Düsseldorf VergabeR 2002, 89, 93). Da dies wegen des rechtlichen Zusammenhangs sachgerecht ist, hat der Senat - wie eingangs der rechtlichen Erwägungen ausgeführt worden ist - die Verfahren bezüglich aller drei Beschwerden jedoch zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung miteinander verbunden. 31

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig. Sie ist - was die Antragsgegnerin rügt - dem wörtlichen Ausdruck gemäß zwar nur "hilfsweise" eingelegt worden, so dass ihre Zulässigkeit an dem Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Prozesshandlungen, zu denen auch eine Rechtsmitteleinlegung gehört, zu messen ist. Die Antragstellerin hat an dem wiedergegebenen Ausdruck mit ihrem Schriftsatz vom 20.12.2002 (S. 1 ff. = GA 203 ff.) jedoch Klarstellungen vorgenommen, die erkennen lassen, dass die sofortige Beschwerde nur "vorsorglich", im Rechtsinn jedoch unbedingt, eingelegt werden sollte. Das schriftsätzliche Vorbringen der Antragstellerin ist zur Erforschung dessen, wie das Rechtsmittel tatsächlich eingelegt worden ist, mit heranzuziehen. 32

Der Senat hat der Antragstellerin im Übrigen gegen die Versäumung der gemäß § 117 Abs. 1 GWB auch bei der kraft Gesetzes gemäß § 116 Abs. 2 GWB eintretenden Ablehnung eines Nachprüfungsantrages zu beachtenden Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erteilt. Das Rechtsmittel ist - auch was die Wahrung der Beschwerdefrist anbelangt - daher insgesamt zulässig. In Folge der rechtlichen Beurteilung durch den Senat, wonach die Rechtsmittelfrist des § 117 Abs. 1 GWB auch auf die Beschwerde gegen die von Gesetzes wegen eintretende Ablehnung des Nachprüfungsantrags nach § 116 Abs. 2 GWB anzuwenden sei (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.10.2001, Az. Verg 18/01, VergabeR 2002, 89, 94), entsteht deshalb keine sich auf die Entscheidung des Streitfalls auswirkende und zur Vorlage an den Bundesgerichtshof nötige Divergenz zu den Beschlüssen des OLG Rostock vom 17.10.2001, Az. 17 W 18/00, (VergabeR 2002, 85, 86) und des Kammergerichts vom 7.11.2001, Az. KartVerg 8/01, (VergabeR 2002, 95, 96 f.). Beide Entscheidungen sprechen sich im Ergebnis für eine rechtliche Wirksamkeit (nicht Nichtigkeit) eines Beschlusses der Vergabekammer, der nach Ablauf der Entscheidungsfrist des § 113 Abs. 1 GWB ergangen ist, und für die Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde des hierdurch Beschwerden gegen einen solchen Beschluss selbst dann aus, wenn die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen die gemäß § 116 Abs. 2 GWB kraft Gesetzes eingetretene Ablehnung des Nachprüfungsantrags inzwischen (möglicherweise) abgelaufen sei. Die voneinander abweichenden rechtlichen Auffassungen sind für die Entscheidung des vorliegenden Falles indes nicht erheblich, da das Rechtsmittel der Antragstellerin auch auf der Grundlage der Auffassung des Senats, und zwar - was die Einhaltung der Beschwerdefrist betrifft - auf Grund der Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, zulässig ist. 33

2. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist auch begründet. Im Ergebnis hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin (tatsächlich) mit Recht für zulässig und begründet erachtet. 34
- aa) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. 35
- (1.) Das Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB ist rechtlich eröffnet, da das im Streitfall zu beurteilende Vergabeverfahren seinem Schwerpunkt nach einen Liefer- und Dienstleistungsauftrag eines öffentlichen Auftraggebers zum Gegenstand hat (§§ 98, 99 Abs. 2 und 4 GWB) und der Auftragswert den maßgebenden Schwellenwert von 200.000 Euro überschreitet (§§ 100 Abs. 1 GWB, 2 Nr. 3 und 3 Abs. 4 VgV). Auf der Grundlage der insoweit anzulegenden Vertragsdauer von 10 Jahren beläuft sich gemäß der Kostenermittlung der Antragsgegnerin allein der die Wärmelieferung betreffende Anteil am Auftragswert auf gut 400.000 Euro. 36
- Das der Beurteilung unterliegende Vergabeverfahren betrifft typengemischte Leistungen, die sowohl Liefer- und Dienstleistungselemente als auch bauvertragliche Leistungen zum Gegenstand haben. Vom künftigen Auftragnehmer sollen (in Gestalt eines sog. Energie- oder Anlagen-Contracting) im vorliegenden Fall im Wesentlichen erbracht werden: die Planung und der Bau einer neuen Heizungsanlage, die Finanzierung und Versicherung, der Betrieb der Anlage, ihre Wartung und Instandhaltung, die Energielieferung und die Abrechnung für eine Dauer von 10 Jahren auf Grund eines entsprechenden Wärmeliefervertrages - dies alles im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Nach Ablauf des Vertragsdauer soll das Eigentum an der Heizungsanlage (ohne weitere Entgeltzahlung) auf den Auftraggeber übergehen. Die Leistungen sollen dem Auftragnehmer allein in der Form einer Bezahlung für Wärmelieferung vergütet werden (in Euro je Megawattstunde/MWh bei einem nach der insoweit maßgebenden Leistungsbeschreibung geschätzten Primärenergieverbrauch von 1.208 MWh im Jahr). 37
- Für die rechtliche Einordnung typengemischter Verträge als Dienstleistungs-, Liefer- oder Bauleistungsauftrag ist entscheidend, wo bei einer an einem objektivierten Maßstab auszurichtenden wertenden Betrachtung nach dem Willen der Vertragsbeteiligten der rechtliche und wirtschaftliche Schwerpunkt des Vertrages liegen soll. Dagegen kommt es nicht darauf an, wie der Auftraggeber allein den Auftrag tatsächlich eingeordnet hat. Gemischte Verträge sind einheitlich nach den Regeln zu behandeln, die für ihren wesentlichen Inhalt prägend sind (sog. Schwerpunkttheorie; ebenso: Hailbronner in Byok/Jaeger, § 99 GWB Rn. 370 bis 372; Müller-Wrede in Ingenstau/Korbion, 14. Aufl., § 99 GWB Rn. 7). Hiernach ist ein öffentlicher Auftrag namentlich als Bauauftrag zu bewerten, sofern er die hauptsächliche Errichtung eines Bauwerks zum Inhalt hat. Soweit Bauleistungen lediglich von untergeordneter Bedeutung sind und nicht den hauptsächlichen Inhalt des Vertragsverhältnisses ausmachen, führen sie zu keiner Einordnung des Vertrages als öffentlicher Bauauftrag (vgl. die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [DKR], ABl. Nr. L 209, S. 1 ff., 16. Begründungserwägung unter Bezugnahme auf die Richtlinie 71/305/EWG; EuGH, Urteil vom 19.4.1994, Az. C-331/92, Slg. 1994, I-1329, 26. und 27. Erwägungsgrund). Umgekehrt handelt es sich um keinen Dienstleistungs- oder Lieferauftrag, wenn die entsprechenden Leistungen gegenüber dem hauptsächlichen Gegenstand des Auftrags von untergeordneter Bedeutung sind. Die rechtliche Einordnung entzieht sich einer generalisierenden Bewertung. Namentlich ist durch einen Ansatz fester Wertgrenzen - vor allem in der Weise, dass von einem wertmäßigen Anteil der Bauleistungen von 40 % an kein Liefer- oder Dienstleistungsauftrag anzunehmen sei (vgl. Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 99 Rn. 38



11) - nicht allen denkbaren Fällen angemessen Rechnung zu tragen. Die Wertanteile der verschiedenen Leistungen vermitteln für die rechtliche Einordnung des gesamten Auftrags im Regelfall lediglich Anhaltspunkte sowie eine erste Orientierung, es sei denn, sie weisen durch ihren objektiv deutlich überwiegenden Anteil den Bauleistungen oder den Liefer-/Dienstleistungen eindeutig den Auftragschwerpunkt zu. Im Wesentlichen kommt es deshalb auf die den jeweiligen Einzelfall kennzeichnenden rechtlichen und wirtschaftlichen Merkmale und Umstände an.

Im Streitfall sprechen die überwiegenden Gründe dafür, das Vertragsverhältnis insgesamt als einen Liefer- und Dienstleistungsauftrag einzuordnen. Hierfür ist im vorliegenden Fall weniger das rein betragsmäßige Verhältnis der auf die Bauleistungen sowie auf die Lieferungen und die Dienstleistungen entfallenden Teil-Auftragssummen und Kosten entscheidend - obwohl auch dieses Verhältnis die Bauleistungen jedenfalls nicht als im Vordergrund stehend ausweist - als vielmehr eine wirtschaftliche Betrachtung des Schwerpunkts der Vertragsleistungen und der mit der Durchführung des Vertrages verbundenen Risiken. Gemäß dieser Bewertung treten die Bauleistungen gegenüber den Liefer- und Dienstleistungen, die den Hauptinhalt und Schwerpunkt des Auftrags ausmachen, hier zurück. 39

Der auf die Bauleistungen entfallende Teil der Auftragssumme beläuft sich seiner Größenordnung nach auf gut 40 % des gesamten Auftragsvolumens. Durch diesen Wertanteil geben die Bauleistungen dem Auftragsverhältnis im Streitfall noch nicht das wirtschaftliche Gepräge. Zur Begründung muss das Verhältnis der Auftragswerte im vorliegenden Fall objektiv nicht genau ermittelt werden, zumal die Beteiligten im Einzelnen auch von unterschiedlichen und nicht näher aufklärbaren Wertansätzen und Teilbeträgen ausgehen. Legt man aber allein das Vorbringen der Antragsgegnerin zugrunde, mit dem diese die von ihr vertretene Annahme eines Bauleistungsauftrages begründet sehen will und bei dem die Bauaufwendungen den größeren Teil einnehmen als nach der Berechnung der Antragstellerin, so betragen die aufzuwendenden Baukosten etwa 365.000 Euro (306.000 Euro zuzüglich Finanzierungskosten von etwa 82.000 Euro, abzüglich Planungskosten von rund 23.000 Euro, die nicht der Bauleistung unterfallen, sondern freiberufliche Leistungen sind). Die auf Liefer- und Dienstleistungen entfallenden Entgelte belaufen sich gemäß dem Vortrag der Antragsgegnerin auf über 461.000 Euro (Wärmelieferung ca. 423.000 Euro zuzüglich Wartung und Instandhaltung mit etwa 38.000 Euro; siehe S. 5 der Beschwerdeschrift der Antragsgegnerin = GA 19 sowie S: 4 des Schriftsatzes der Antragsgegnerin vom 29.10.2002 = GA 69). Die Teil-Auftragssummen (etwa 365.000 Euro für die Bauleistungen und rund 461.000 Euro für die Liefer- und Dienstleistungen) stehen zueinander im Verhältnis von etwa 44 zu 56. Bei dieser Sachlage ist es nicht gerechtfertigt, allein aus dem Verhältnis der Auftragssummen heraus festzustellen, die Bauleistungen repräsentierten den Hauptgegenstand des Auftrags oder der Auftrag habe hauptsächlich die Errichtung baulicher Anlagen zum Gegenstand. Der mit 56 % auf die Lieferungen und Dienstleistungen entfallende Anteil der Auftragssumme ist nicht von untergeordneter Relevanz. 40

Ist allein aus den auf die Bauleistung und die Liefer- und Dienstleistung entfallenden Teil-Auftragssummen noch keine eindeutige und abschließende Klarheit über die rechtliche Einordnung des Auftrags zu erlangen, so gewinnen im Sinne einer möglichen Prägung des Gesamtauftrags die übrigen Elemente an Bedeutung. Dazu gehört namentlich die Verteilung der mit einer Auftragsdurchführung verbundenen Risiken auf die Beteiligten und deren Gewichtung. Die Antragsgegnerin trägt im vorliegenden Fall das Risiko, dass der Auftragnehmer 10 Jahre lang Energie liefern und die Wärmeversorgung der genannten 41

Schulgebäude betreiben kann. Sie hat daneben wirtschaftlich zwar auch das Risiko der funktionsfähigen Herstellung der Heizungsanlage zu tragen. Bei der Errichtung der Anlage ist sie durch eine Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung und durch Gewährleistungsansprüche jedoch abgesichert. Vom Auftragnehmer sind eine Sicherheit für die Vertragserfüllung (Ziffern 22 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen) und eine Gewährleistungssicherheit zu stellen (Ziffern 10.9 des Beiblatts - Besondere Vertragsbedingungen sowie Ziffern 22 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen). Da die Heizungsanlage neu herzustellen ist und besondere, hierbei auftretende planerische, konstruktive oder fertigungstechnische Problemstellungen von den Beteiligten nicht aufgezeigt worden sind, sind die in der Bauleistung liegenden Gefahren deshalb typischerweise geringer einzustufen als das vom Auftraggeber zu tragende Risiko einer über die 10-jährige Vertragsdauer anhaltenden Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers. Auch für den Auftragnehmer stellt - und zwar mit Blick auf die kalkulatorischen Grundlagen - die Leistung über den gesamten Vertragszeitraum von 10 Jahren das höhere Risiko dar. Die ihm zustehende Vergütung soll allein nach dem Preis für die Wärmelieferung bemessen sein. Danach ist festzustellen, dass die in der Auftragsausführung liegenden Risiken überwiegend bei den Lieferungen und Dienstleistungen angesiedelt sind.

Auch in rechtlicher Hinsicht hat der Auftrag seinen Schwerpunkt nicht bei der Bauleistung, sondern bei der Liefer- und Dienstleistung. Der Auftragnehmer soll die Bauleistung auf eigene Rechnung erbringen. Die Gewerke sind dem Auftraggeber erst nach Ablauf der Vertragsdauer zu Eigentum zu übertragen, ohne dass hierfür noch eine gesonderte Vergütung geschuldet ist. Das Leistungsentgelt wird durch den Auftraggeber allein in Gestalt monatlicher Abschlagszahlungen sowie auf Grund einer jährlichen Endabrechnung erbracht (so nach den Musterverträgen der Antragstellerin und der Beigeladenen). Es ist berechnet als Preis für die Wärmelieferung. Auch die Vergütungsabrede ist mithin an der Liefer- und Dienstleistung ausgerichtet. 42

Nach alledem wird die in Rede stehende Auftragsvergabe überwiegend von dem auf die Lieferung und Dienstleistung entfallenden Leistungsanteil geprägt. Die reine Bauleistung tritt dagegen zurück. Da der Schwellenwert von 200.000 Euro gemäß § 2 Nr. 3 VgV überschritten ist, waren auf das Vergabeverfahren objektiv die § 97 ff. GWB, die Vergabeverordnung sowie die Bestimmungen des 2. Abschnitts der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) anzuwenden und war auf den Antrag der Antragstellerin das Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB eröffnet. 43

(2.) Die Antragstellerin ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB). Allerdings ist die Antragsbefugnis hier nicht in Folge ungenügender nationaler Bekanntmachung (statt europaweiter Bekanntmachung nach den §§ 3 a Nr. 1 Abs. 3 und 17 a VOL/A) sowie der Anwendung des unzutreffenden Vergabeverfahrens nach VOB/A (statt nach VOL/A) zu bejahen. Es ist nicht zu erkennen, der Antragstellerin sei hierdurch ein Schaden entstanden oder es drohe ihr solcher zu entstehen (§ 107 Abs. 2 Satz 2 GWB). Denn die Antragstellerin hat trotz der eingeschränkten Bekanntmachungswirkung von der Absicht der Auftragsvergabe tatsächlich Kenntnis erlangt und hat sich mit einem eigenen Angebot am Vergabeverfahren beteiligt. Die Antragstellerin hat auch nicht vorgetragen, im Fall einer Ausschreibung nach VOL/A ein inhaltlich anderes Leistungsangebot mit besseren Aussichten auf eine Zuschlagserteilung abgegeben zu haben. Dies führt zur Unzulässigkeit der im Nachprüfungsverfahren von der Antragstellerin erhobenen und mit einer - fehlerhaft - lediglich nationalen Bekanntmachung der Vergabeabsicht begründeten Rüge. Demzufolge hatte die Vergabekammer nicht den von ihr in Anspruch genommenen Entscheidungsspielraum des § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB, unabhängig von den gestellten Sachanträgen auf die 44

Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken. Dieser Entscheidungsspielraum besteht nur im Rahmen zulässig gerügter Vergaberechtsverstöße. Den Vergabekammern ist dadurch keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle eröffnet. Der Regelungsgehalt der Vorschrift des § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB beschränkt sich auf die Ermächtigung der Vergabekammern, zur Sicherstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens auch solche Maßnahmen zu ergreifen, die vom Antragsteller nicht ausdrücklich beantragt worden sind.

Die Antragstellerin kann sich jedoch darauf berufen, durch eine Verletzung der in § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A normierten Überprüfungspflicht des Auftraggebers bei ungewöhnlich niedrig scheinenden Angeboten in ihren Rechten berührt zu sein. Dadurch droht ihr ein Schaden. Denn die Antragstellerin hat das niedrigste Angebot abgegeben, das als das wirtschaftlichste anzusehen sein kann (§ 25 Nr. 3 VOL/A). Mit diesem Angebot hat sie Chancen auf Erteilung des Zuschlags, wenn sich Bedenken an der Höhe ihres Angebotspreises durch Überprüfung ausräumen lassen. Die Verpflichtung des Auftraggebers, ungewöhnlich niedrig erscheinende Angebote gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A zu überprüfen, entfaltet Bieterschutz. 45

Der Einwand der Antragsgegnerin, die Antragstellerin habe kein verbindliches und demnach für einen Zuschlag in Frage kommendes Angebot abgegeben, greift nicht durch. Die Antragsgegnerin will solches dem schriftsätzlichen Vortrag der Antragstellerin entnehmen, ihr Geschäftsführer habe angenommen, das dem Angebot beigefügte (und nach den Verdingungsunterlagen beizufügende) Vertragsmuster habe als Ausgangspunkt für einen später im Einzelnen noch festzulegenden Vertragstext dienen sollen, wobei für ihn, den Geschäftsführer der Antragstellerin, selbstverständlich gewesen sei, dass der formularmäßige Text des Mustervertrages mit Blick auf die Gegebenheiten des hier in Rede stehenden Auftrags noch ausfüllungs-, anpassungs- und änderungsbedürftig gewesen sei. Der dem Angebot beigefügte Mustervertrag war jedoch erkennbar an die konkreten Vertragsumstände noch anzupassen. Die vertragswesentlichen Einzelheiten ergaben sich aus der Leistungsbeschreibung, die auf den zu vergebenden Auftrag speziell zugeschnitten war. Das Angebot der Antragstellerin nahm auf die Leistungsbeschreibung Bezug. Das Angebot hatte damit zweifellos einen rechtsverbindlichen Charakter. 46

Der weitere und im Senatstermin präzierte Vortrag der Antragsgegnerin, die Antragstellerin habe etwas völlig anderes angeboten als nach den Verdingungsunterlagen gefordert gewesen sei, trifft nicht zu. Die Antragsgegnerin leitet dies wiederum aus dem von der Antragstellerin mit dem Angebot vorgelegten Mustervertrag ab, der Abweichungen vom Inhalt der Leistungsbeschreibung aufweise, so unter anderem den Unterschied, dass die Heizungsanlage nach Ablauf der Vertragsdauer im Eigentum des Auftragnehmers verbleiben solle. Hierzu ist indessen abermals darauf zu verweisen, dass die Antragsgegnerin in der den Bieter übermittelten Leistungsbeschreibung die wesentlichen Vertragsleistungen (einschließlich einer Übertragung des Eigentums an der Heizungsanlage nach Ablauf der Vertragsdauer) individualisiert hat, dass das Angebot der Antragstellerin hierauf Bezug nahm und dass die in der Leistungsbeschreibung verzeichnete Anforderung an die Bieter: "Ein Mustervertrag ist dem Angebot des Bieters beizufügen" nicht in der Weise zu verstehen war, die Antragsgegnerin wünsche mit dem Angebot die Vorlage eines in Bezug auf den konkret in Rede stehenden Vertragsabschluss bereits ausgearbeiteten Vertragsentwurfs durch den Bieter. Die Anforderung eines Mustervertrages war bezogen auf die Zusendung eines formularmäßigen Vertragstextes, welcher den in den Unternehmen der Bieter gewöhnlich vorkommenden Geschäftsvorfällen eines Anlagen-Contracting üblicherweise zugrunde gelegt wird. Hätte die Antragsgegnerin erwartet, dass ihr ein auf die ausgeschriebene Leistung im Einzelnen bereits abgestimmter Vertragsentwurf vorgelegt wird, hätte sie dies mit solchen oder ähnlichen Worten in den Verdingungsunterlagen klar ausdrücken müssen. 47

(3.) Die Antragstellerin hat die Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 GWB nicht verletzt. Der Antragsgegnerin ist insbesondere nicht in dem gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags gerichteten Einwand beizutreten, die Antragstellerin habe die von ihr nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB zu beachtende Rügeobliegenheit verletzt, wonach Verstöße gegen Vergabevorschriften, die auf Grund der Bekanntmachung erkennbar sind, spätestens innerhalb der Frist zur Angebotsabgabe zu rügen sind. Diese Rügeobliegenheit hat für die Antragstellerin allenfalls bei den Mängeln der unzutreffenden Bekanntmachung der Vergabeabsicht und der Wahl des unzutreffenden Vergabeverfahrens bestanden (nationale Bekanntmachung einer Öffentlichen Ausschreibung nach den §§ 3 und 17 VOB/A an Stelle europaweiter Bekanntmachung einer Vergabe im Offenen Verfahren gemäß den §§ 3 a und 17 a VOL/A). Unabhängig davon, dass der Antragstellerin mit dieser Rüge eine Antragsbefugnis (§ 107 Abs. 2 GWB) zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ohnedies nicht zuzuerkennen ist (siehe dazu die vorstehenden Ausführungen unter (2.)), ist ihr insoweit eine Verletzung ihrer Rügeobliegenheit nicht vorzuwerfen, da die in der Art der Bekanntmachung und in der Wahl des Vergabeverfahrens liegenden Vergaberechtsverstöße auf Grund der Bekanntmachung im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB für einen durchschnittlichen Bieter (vgl. zu diesem Maßstab: BayObLG, Beschluss vom 23.11.2000, Az. Verg 12/00) nicht erkennbar waren. Die unter die genannte Vorschrift fallenden Vergaberechtsverstöße müssen - wie der Senat bereits mehrfach deutlich gemacht hat, in einem wörtlich zu verstehenden Sinn - aus der Bekanntmachung und aus deren Inhalt selbst hervor gehen (vgl. u.a. OLG Düsseldorf NZBau 2000, 440, 441; Beschluss vom 30.8.2001, Az. Verg 32/01).

Die nur im Inland veröffentlichte Bekanntmachung enthielt im Streitfall - kurz zusammengefasst - die folgenden den Auftrag und das Verfahren kennzeichnenden Angaben:

Überschrift: Öffentliche Ausschreibung gem. § 17 VOB/A, 50

unter a) Angaben zum öffentlichen Auftraggeber, 51

unter b) Gewähltes Vergabeverfahren: Öffentliche Ausschreibung, 52

unter c) Art des Auftrages: Anlagen-Contracting, 53

unter e) Art und Umfang der Leistung: Nahwärmelieferung in Verbindung mit der Erneuerung der Heizungsanlagen, 54

unter k) die Frist für die Einreichung der Angebote, 55

unter q) die Angabe: Zahlungen nach Wärmeliefermenge in MWh, 56

unter w) die Angabe: Nachprüfstelle ist der Landrat des Kreises A. 57

Der Auftragswert oder entsprechende Teilwerte waren in der Bekanntmachung nicht angegeben. 58

Für einen durchschnittlichen Bieter in der Lage der Antragstellerin war anhand dieser Angaben zu erkennen, dass die Vergabestelle (Antragsgegnerin) - unterhalb der für Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB geltenden Schwellenwerte - im Wege Öffentlicher Ausschreibung ein nationales Vergabeverfahren beschreiten wollte, welchem die Vorschriften des 1 Abschnitts der VOB/A zugrunde zu legen waren. Aus dem Text dieser Bekanntmachung ging jedoch nicht hervor, dass die rechtliche Einordnung des 59

Vergabeverfahrens als ein solches nach VOB/A fehlerhaft war, dass nach den Umständen in Wahrheit die Lieferungs- und Dienstleistungsanteile den Bauanteil überwogen und dass deswegen von der Vergabestelle richtigerweise das Vergabeverfahren nach dem 2. Abschnitt der VOL/A, der bei Überschreitung der maßgeblichen Schwellenwerte anzuwenden ist, hätte gewählt werden müssen. Um zu derartigen Schlussfolgerungen zu gelangen, bedurfte es hier eingehenderer Informationen, die aus der Bekanntmachung selbst weder ersichtlich waren, noch üblicherweise daraus ersichtlich sind oder von der Vergabestelle mit der Bekanntmachung im Sinne der §§ 3 a, 17 a VOL/A (sowie der Bestimmungen gleicher Bezifferung in der VOB/A) überhaupt gemacht werden müssen. Konkret gesagt, setzte dies eine Kenntnis von den individualisierenden Angaben der Leistungsbeschreibung und eine Kalkulation des Angebotspreises voraus. Frühestens das Ergebnis einer Kalkulation, die jeweiligen Teilergebnisse und deren Bewertung unter Einschluss der für die rechtliche Einordnung im Übrigen noch wesentlichen Auftrags Elemente (siehe dazu oben unter (1.)) ermöglichten es einem Bieter, eine eigene Einschätzung dahin vorzunehmen, ob es sich bei der ausgeschriebenen Leistung ihrem Schwerpunkt nach um eine Bauleistung oder um Liefer- und Dienstleistungen handelte, wobei von dieser Unterscheidung wiederum abhängig war, ob der Schwellenwert, der die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach dem 4. Teil des GWB gebot, überschritten war oder nicht. Durch die bloße Bekanntmachung der Vergabeabsicht und deren Inhalt war dies nicht schon erkennbar. Die rechtliche Einordnung des Anlagen-Contracting - generell oder im Einzelfall - als Bauleistung oder als Liefer-/Dienstleistung des Auftragnehmers war im Zeitpunkt der Bekanntmachung der Vergabeabsicht im März 2002 überdies keineswegs geklärt. Dazu wurden unterschiedliche Auffassungen vertreten, worauf schon die Vergabekammer hingewiesen hat (Beschlussabdruck S. 10). Die zutreffende rechtliche Sicht der Dinge konnte die Antragstellerin nicht vorwegnehmen. Eine "Verdachtsrüge" brauchte sie nicht anzubringen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.7.2001, Az. Verg 16/01; veröffentlicht in VergabeR 2001, 419).

Da die dargestellten Vergaberechtsverstöße für die Antragstellerin nicht erkennbar waren, sie 60 mithin ihre Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht verletzt hat, ist in diesem Fall keine Auseinandersetzung mit der Rechtsmeinung im Beschluss des Kammergerichts vom 17.10.2002, Az. 2 KartVerg 13/02 (VergabeR 2003, 50), und keine Vorlage der Sache an den Bundesgerichtshof nach § 124 Abs. 2 GWB veranlasst. Das Kammergericht hat mit diesem Beschluss entschieden, dass - sofern die Wahl einer Öffentlichen Ausschreibung nach § 3 VOL/A an Stelle des rechtlich gebotenen Offenen Verfahrens nach VOL/A, 2. Abschnitt, nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist beanstandet werde - die Ausschlusswirkung des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB bei erkennbaren Vergaberechtsverstößen die spätere Rüge einer Nichteinhaltung auch solcher Vergaberechtsvorschriften erfasst, die mit der Wahl der Art des Vergabeverfahrens bestimmungsgemäß zusammenhängen, gerade bei einer europaweiten Ausschreibung einzuhalten sind und namentlich die Eröffnung des Rechtswegs zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen sowie die Regelung des § 13 VgV betreffen (KG a.a.O., S 51). Die zugrunde liegenden Sachverhalte und ihre rechtliche Beurteilung sind anders gelagert. Der vom Kammergericht entschiedene Fall betraf ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Computern, Monitoren und Druckern, bei dem ein markterfahrener Bieter allein auf Grund der in der Bekanntmachung genannten Anzahl der zu beschaffenden Geräte erkennen konnte, dass der Schwellenwert, von dem an eine gemeinschaftsweite Bekanntmachung und ein Vergabeverfahren nach dem 2. Abschnitt der VOL/A erforderlich ist, überschritten war (KG a.a.O. S 52 f.). Das ist in dem vom Senat zu entscheidenden Fall anders, denn es war hier nur durch mehrfach gestaffelte gedankliche und rechnerische Schritte zu dem - rechtlich für einen durchschnittlichen Bieter keineswegs klar ersichtlichen - Ergebnis zu gelangen, dass in einem Vergabeverfahren, welches sich

nach dem 2. Abschnitt der VOL/A richtete, an sich eine europaweite Ausschreibung hätte stattfinden müssen. Dazu wird auf die obenstehenden Überlegungen verwiesen. Aus diesen in den Besonderheiten des von ihm zu entscheidenden Streitfalles liegenden Gründen hat der Senat eine Verletzung der Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB verneint, so dass sich die Frage der rechtlichen Tragweite der Ausschlusswirkung dieser Vorschrift hier nicht stellt und der Senat sich durch seine Entscheidung zu dem genannten Beschluss des Kammergerichts auch in keinen Widerspruch begibt. Ohne dass dieses die Entscheidung des Senats demnach trägt, erscheint die weite Erstreckung der Ausschlusswirkung, die das Kammergericht der Bestimmung des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB beigelegt hat, rechtlich allerdings zweifelhaft. Das Gesetz selbst bezeichnet den Nachprüfungsantrag nur als unzulässig, *soweit* Verstöße gegen Vergabevorschriften, die auf Grund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden (Kursivdruck durch den Senat). Die Terminologie des Gesetzes ("*soweit*") spricht dafür, dass lediglich die trotz Erkennbarkeit nicht gerügten Vergaberechtsverstöße einem Ausschluss unterliegen sollen.

Die von der Antragstellerin weiter beanstandeten Verstöße gegen die den Auftraggeber nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A treffende Überprüfungspflicht bei ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angeboten sowie gegen die in § 13 S. 2 und 3 VgV geregelte Informationspflicht des Auftraggebers waren vor Anbringung des Nachprüfungsantrags gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 GWB nicht zu rügen. Dass es im Verfahren insoweit zu - in tatsächlicher Hinsicht bereits abgeschlossenen - Vergaberechtsverstößen gekommen sein konnte, ist der Antragstellerin frühestens durch den Zugang des Informationsschreibens der Antragsgegnerin vom 24.6.2002 zur Kenntnis gelangt. Zu diesem Zeitpunkt konnte eine Rüge nicht mehr bewirken, dass etwaige Mängel des Verfahrens beseitigt worden wären. 61

(4.) Die tatsächliche Zuschlagserteilung an die Beigeladene steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nicht entgegen. Die Antragsgegnerin hat die 14-tägige Wartefrist des § 13 Satz 3 VgV (hier und im folgenden zitiert gemäß der bisherigen, im Jahre 2002 noch geltenden Fassung der VgV) vor Erteilung des Auftrags an die Beigeladene nicht beachtet. Sie hat der Beigeladenen unter dem 24.6.2002 den Zuschlag erteilt und die Antragstellerin am selben Tag erst davon unterrichtet, ihr Angebot sei nicht berücksichtigt worden. Der auf den Zuschlag abgeschlossene Vertrag ist gemäß § 13 Satz 4 VgV nichtig. Die Bestimmung des § 13 VgV, auf die sich die Antragstellerin berufen kann (siehe die vorstehenden Ausführungen unter (3.)), ist im vorliegenden Verfahren anzuwenden, obwohl die Antragsgegnerin als Vergabestelle tatsächlich ein Vergabeverfahren durchgeführt hat, das auf den für nationale Auftragsvergaben geltenden Rechtsvorschriften beruhte. Das Vergabeverfahren war objektiv gemäß den §§ 97 ff. GWB zu behandeln (siehe oben unter (1.)). Die objektive Rechtslage ist maßgebend dafür, an welchen rechtlichen Bestimmungen das Vergabeverfahren sich messen lassen muss. Die Nichtigkeit des der Beigeladenen erteilten Zuschlags ist im Beschlusstenor klarstellungshalber ausgesprochen worden. 62

bb) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet. 63

Die Antragsgegnerin hat in der abschließenden Angebotsbewertung vorgelagerten Prüfungsstufe ein ungewöhnlich niedriges Angebot der Antragstellerin vermutet. Sie hat sich jedoch der ihr in solchen Fällen gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A obliegenden Überprüfung, ob es sich bei dem Angebot der Antragstellerin um ein derartiges und bei der abschließenden Wertung nicht zu berücksichtigendes Angebot handelt, im Vergabeverfahren nach eigenem Vorbringen nicht im erforderlichen Maß unterzogen. In den Instanzen des vergaberechtlichen 64

Nachprüfungsverfahrens ist - wenn der Auftraggeber seiner Überprüfungsaufgabe im Vergabeverfahren nicht oder nicht ausreichend nachgekommen ist - diese Überprüfung nicht erstmals vorzunehmen. Das kann zwar anders zu beurteilen sein, sofern die Tatsachen, die ein sog. Unterkostenangebot annehmen lassen oder aber ausschließen, auf Grund unstrittigen oder bewiesenen und nicht mehr ergänzungsbedürftigen Vortrags der Beteiligten ohne Weiteres feststehen. Dies ist hier indessen nicht der Fall.

Die Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A soll den Auftraggeber vor den Gefahren der Erteilung des Zuschlags an einen nicht leistungsfähigen Bieter schützen. Auf der anderen Seite ist es dem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehrt, auch sog. Unterkostenangebote bei der Auftragsvergabe zu akzeptieren, sofern er nach Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, der Bieter werde zu den angebotenen Preisen zuverlässig und vertragsgerecht leisten können (vgl. BGH NJW 1995, 737). So kann es aus Bietersicht zahlreiche und nicht zu beanstandende Beweggründe dafür geben, bei einem bestimmten Einzelauftrag davon abzusehen, einen sog. auskömmlichen Preis zu verlangen, ohne dass deswegen Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Bieters entstehen müssen (denkbar ist zum Beispiel das Motiv, einen Deckungsbeitrag zu den eigenen Gemeinkosten zu erlangen, oder als sog. Newcomer mit einem bestimmten öffentlichen Auftraggeber ins Geschäft zu kommen; vgl. OLG Düsseldorf VergabeR 2001, 128 für einen Anwendungsfall der rechtsähnlichen Vorschrift des § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A). Genauso können vielgestaltige Erklärungen für die Preisbildung eines Bieters vorliegen, die das Angebot bei näherer Betrachtung gar nicht als sog. Unterkostenangebot erscheinen lassen (zum Beispiel wegen günstiger Bezugsquellen für die bei der Auftragsausführung benötigten Lieferungen und Leistungen oder wegen eines Einsatzes kostensparender Herstellungsmethoden). § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A verpflichtet deshalb den Auftraggeber in einem Einzelfall, in dem er - gleichermaßen auf den ersten Blick - einen unangemessenen Angebotspreis vermutet, seinem Verdacht nachzugehen, die Einzelposten des Angebots zu überprüfen, sich vom Bieter zu diesem Zweck die erforderlichen Belege aushändigen und notwendigenfalls auch schriftliche Auskünfte geben zu lassen, um auf dieser Grundlage die Ursachen zu klären (vgl. auch Müller-Wrede/Noch, VOL/A, § 25 Rn. 69, 72). Auf verallgemeinerungsfähige Erfahrungsregeln kann in diesem Zusammenhang nicht zurückgegriffen werden.

65

(1.) Die Antragsgegnerin hat im Streitfall nach eigenem Vortrag über die Ursachen des von der Antragstellerin angebotenen Preises nicht ausreichend aufgeklärt. Sie hat bei der Antragstellerin lediglich telefonisch anfragen lassen, ob das Angebot auch die Errichtung der Heizungsanlage umfasse. Diese Frage klärte indes nur über einen einzelnen Punkt des Angebots der Antragstellerin, dagegen über etwaige Bedenken an ihrer Leistungsfähigkeit überhaupt nicht auf. Die Antragsgegnerin hat deshalb ihrer Aufklärungsverpflichtung nicht genügt. Sie hat die eingeschränkte Überprüfung zwar mit der Behauptung zu rechtfertigen gesucht, eine eingehendere Aufklärung hätte zu keiner besseren Erkenntnis geführt, Zweifel an einer Auskömmlichkeit des Angebots also nicht beseitigt. Auf diese Behauptung kann ohne einen nachvollziehbaren Vortrag der sie tragenden Tatsachengrundlagen eine Entscheidung jedoch nicht gestützt werden. Ungeachtet dessen berücksichtigt dieses Vorbringen der Antragsgegnerin nicht, dass selbst ein nicht auskömmliches Angebot der Antragstellerin keineswegs zwingend dazu führen muss, dieses Angebot aus der engeren Wertung auszuschneiden. Dem ist nur näher zu treten, sofern sich aus der - hier nicht hinreichend vorgenommenen - Überprüfung des Angebots ergibt, dass in Verbindung mit einem festgestellten Unterkostenangebot unüberwindbare Zweifel an der Fähigkeit der Antragstellerin zu zuverlässiger und vertragsgerechter Leistung bestehen. In diese Richtung hat die Antragsgegnerin keinerlei Ermittlungen angestellt und vorgetragen.

66

67

(2.) Der einem Unterkostenangebot geltende Vortrag der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren ist bestritten und unbewiesen. Aus diesem Vortrag kann mit zureichender Gewissheit weder auf einen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A geschlossen werden, noch gehen hieraus stichhaltige Bedenken an der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin hervor. Dieser Vortrag ist daher nicht zur Grundlage der Entscheidung zu machen.

Die Antragsgegnerin bringt an Hand verschiedener Berechnungen vor, der Antragstellerin verbleibe bei den aus einer Vertragsdurchführung erzielbaren Einnahmen lediglich ein Betrag von etwa 127.000 bis 135.000 Euro, um die Kosten der Bauleistung, der Finanzierung, Wartung und Instandhaltung sowie der Bedienung der Heizungsanlage und der Verwaltung zu decken. Ein solcher Betrag sei ungenügend, woraus zu schließen sei, dass die Antragstellerin bei den genannten Kosten mit erheblichen Verlusten kalkuliert habe. Eine Überprüfung dieses Vortrags der Antragsgegnerin führt jedoch zu keinem eindeutigen und erst recht zu keinem ihre Behauptung bestätigenden Ergebnis. Im Einzelnen trägt die Antragsgegnerin vor:

Die Kalkulation der Antragstellerin (Anl. Ast 7 = VKA 68, dort Position 13.2) berücksichtige hinsichtlich der Bauleistungen nicht die volle Länge einer erforderlichen Nahwärmeleitung (140 Meter statt berücksichtigter 33 Meter). Auf der Grundlage des in der Kalkulation der Antragstellerin rechnerisch zugrunde gelegten Einheitspreises pro Meter betragen die reinen Bauleistungskosten bei einer entsprechend dem Vortrag der Antragsgegnerin verlängerten Nahwärmeleitung (ohne Mehrwertsteuer) rund 188.648 Euro.

Nach dem Vortrag der Antragsgegnerin sollen an Kosten hinzu kommen (jeweils in gerundeten Beträgen):

Planungskosten 23.000 Euro,

Finanzierungskosten 82.136 Euro,

Kosten einer Instandhaltung und Wartung 38.000 Euro,

Gesamtkosten ohne Mehrwertsteuer 331.784 Euro

und einschließlich Mehrwertsteuer etwa 384.869 Euro.

Diese Kostendarstellung ist für die Entscheidung indessen so nicht verwertbar. Denn die Antragstellerin stellt die überschlägige Kostenschätzung der Antragsgegnerin in Abrede und macht geltend, ihr sei vor allem bei der Planung, bei der Erstedung der Kesselanlagen und bei der Finanzierung auf Grund von Besonderheiten ihres Unternehmens und der Bezugsquellen eine erheblich günstigere Kostenrechnung gestattet als von der Antragsgegnerin veranschlagt worden sei. Insoweit wirkt sich zum Nachteil der Antragsgegnerin aus, dass sie sich im Vergabeverfahren - entgegen der Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A - keine Klarheit über die von der Antragstellerin bei der Angebotserstellung angewandten Berechnungsgrundlagen verschafft hat.

Von einem anderen rechnerischen und wirtschaftlichen Ansatz her hat die Antragsgegnerin eine Kostenunterdeckung im Angebot der Antragstellerin an Hand eines Vergleichs des Angebotspreises mit den Kosten eines Wärmebezugs zu belegen versucht. Die von ihr so genannten "reinen Wärmelieferungskosten" hat die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren mit 36,92 Euro pro MWh beziffert. Indes ist in tatsächlicher Hinsicht



gar nicht gesichert, dass die Antragstellerin bei ihrem Angebot mit den genannten Kosten einer Wärmelieferung kalkuliert hat oder auch nur zu kalkulieren hatte. Der Betrag von 36,92 Euro/MWh entstammt ersichtlich dem aus einer rechnerischen Aufstellung bestehenden Vergabebericht vom 27.5.2002 (dort S. 1 unten unter der Überschrift "Wärmekosten"). Aus der (allein) rechnerischen Begründung in diesem Vergabebericht geht hervor, dass der genannte Betrag aus den Preisangaben der Preisliste des Energieversorgungsunternehmens EWW GmbH ermittelt worden ist. Hieran erweist sich, dass die von der Antragsgegnerin dem Angebot der Antragstellerin entgegen gehaltenen Wärmelieferungskosten letztlich auf einer Unterstellung beruhen. Denn die Antragstellerin war - ebenso wie andere Bieter - durch die Vergabebedingungen nicht gehalten, die zur Wärmeerzeugung erforderliche Primärenergieleistung von dem Energieversorgungsunternehmen EWW GmbH zu beziehen. Sie konnte eine Lieferung von Primärenergie - unter Umständen zu erheblich günstigeren Preisen - auch bei einem anderen Lieferanten beschaffen. Hierüber hat die Antragsgegnerin im Vergabeverfahren nicht aufgeklärt. Daran wird erneut deutlich, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin letztlich aus Gründen nicht in die engere Wertung hat gelangen lassen, die auf einer unzulänglichen Wahrnehmung der ihr obliegenden Aufklärungsverpflichtung nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A beruhen und die keinen Aufschluss darüber geben konnten, ob das Angebot der Antragstellerin die Kosten nicht deckte und - sofern dies der Fall war - nicht gleichwohl akzeptabel erscheinen konnte, da es keine unüberwindlichen Zweifel an ihrer Leistungsfähigkeit übrig ließ.

(3.) Die von der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren offen gelassenen und nicht zureichend ermittelten Tatsachenfragen erfordern es im Ergebnis, die Antragsgegnerin zu verpflichten, in die Angebotswertung an der Stelle von neuem einzutreten, an der ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot nach Maßgabe der Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A zu überprüfen und danach über ein Ausscheiden dieses Angebots oder über seine Hinzunahme bei der Angebotswertung zu entscheiden ist. 78

Die Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahrens und über die den Beteiligten in jenem Verfahren entstandenen Aufwendungen folgt aus § 128 Abs. 3 und 4 GWB. Die Entscheidung über die im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten und Aufwendungen beruht auf einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften sowie - insoweit mit Rücksicht auf das Unterliegen der Antragstellerin auf die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin - der Bestimmung des § 155 Abs. 1 VwGO. 79

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren ist nach Maßgabe des § 12 a Abs. 2 GKG festgesetzt worden. 80