
Datum: 28.09.2005
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 34/05
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2005:0928.VII.VERG34.05.00

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 3. Mai 2005 (Az. VK 3 - 19/05) aufgehoben.

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren "Beräumung von Altmunition auf dem Truppenübungsplatz A., Nordteil, Räumungskampagne 2005/2006, Vergabe-Nr.: B724032.000-T04-5874" hinsichtlich der Lose 17 - 24 unter Beachtung der Rechtsauf-fassung des Senats in das Stadium der Angebotsaufforderung vor Versendung der Verdingungsunterlagen zurückzusetzen.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Vergabekammerverfahrens und des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Verfahrens gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB sowie die in diesen Verfahren entstandenen notwendigen Auslagen der Antragstellerin zu tragen.

Die Beigeladenen zu 1 und 2 tragen ihre Auslagen selbst.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war für die Antrag-stellerin in beiden Nachprüfungsinstanzen notwendig.

Wert des Beschwerdeverfahrens: bis 180.000 EUR.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)	1
<u>I.</u>	2
Die Antragsgegnerin schrieb im Offenen Verfahren die Vergabe von Arbeiten zur Räumung von Altmunition auf dem Truppenübungsplatz A. europaweit in 25 Losen aus. Zuvor hatte sie unter Hinzuziehung eines Fachbüros die vorhandene Bodenbelastung erkundet und eine Kennziffer für die durchschnittlich zu räumende Fläche je Sonde und Arbeitstag erarbeitet. Diese sog. Obere Kalkulationsgröße gab sie den Bietern in Anlage 6 der Verdingungsunterlagen mit dem Zusatz bekannt, dass bei einem Überschreiten das Hauptangebot zu dem jeweiligen Los ausgeschlossen werde.	3
Die Antragstellerin und die Beigeladenen zu 1 und 2 gaben für alle Lose Angebote ab, die Beigeladene zu 2 für die Lose 17 - 24 auch Nebenangebote.	4
Mit Schreiben vom 10.3.2005 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin, dass sie den Zuschlag nicht erhalten werde, u. a. weil sie in den Losen 17 - 22 und 24 die Obere Kalkulationsgröße nicht eingehalten habe. Den Rügen der Antragstellerin half sie nicht ab.	5
Mit Schriftsatz vom 23.3.2005 hat die Antragstellerin die Vergabenachprüfung betreffend die Lose 17 - 24 beantragt. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, die ihre erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt.	6
Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen zu 2 beantragen,	7
die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.	8
Die Beigeladene zu 1 stellt keinen Antrag.	9
<u>II.</u>	10
Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und begründet.	11
1. Der Antragstellerin ist für ihre Rüge, dass sie durch die Anwendung der Oberen Kalkulationsgröße in ihren Bieterrechten verletzt wird, die Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB nicht abzusprechen. Sie hat nicht im Einzelnen darzulegen, wie sie bei vollständiger vorheriger Bekanntgabe der die Obere Kalkulationsgröße bestimmenden Faktoren kalkuliert hätte und dass sie dann das preislich günstigste Angebot abgegeben hätte. An die Darlegung der Antragsbefugnis dürfen keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Es genügt, wenn durch den einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten des antragstellenden Bieters auf den Zuschlag zumindest verschlechtert worden sein können. Nicht erforderlich ist, dass der Antragsteller im Sinne einer dazulegenden Kausalität nachweisen kann, dass er bei korrekter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 29.7.2004, VergabeR 2004, 599 m.w.N.). Im Streitfall müsste ein solcher Nachweis schon daran scheitern, dass die Antragstellerin die übrigen Angebote nicht kennt, namentlich nicht das Angebot der Antragstellerin des Beschwerdeverfahrens VII-Verg 32/05, die den gleichen Vergaberechtsverstoß rügt. Zudem wäre für die Antragsstellerin kaum darzustellen, wie sie in der gegebenen Situation tatsächlich kalkuliert hätte. Es bestanden verschiedene Möglichkeiten, trotz eines höheren Personalschlüssels zu einem geringeren Endpreis zu gelangen. Möglicherweise hätte die Antragstellerin kostengünstigere Arbeitskräfte eingesetzt oder auf Teile ihrer Gewinnmarge	12

verzichtet. Schließlich sind selbst Unterkostenangebote nicht prinzipiell vergaberechtswidrig. Auch die Vorlage eines Nebenangebotes wäre in Betracht gekommen.

2. Der Senat hat bereits in seinem Beschluss vom 21.7.2005 ausgeführt, dass das Vergabeverfahren mangels Bestimmtheit der für die Obere Kalkulationsgröße relevanten Eckdaten voraussichtlich in den Stand vor der Versendung der Verdingungsunterlagen zurückzusetzen sei. Das weitere Vorbringen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen bestätigt im Ergebnis diese Beurteilung. Die Antragsgegnerin hat den Bietern nicht klar genug vorgegeben, mit welcher Anzahl von Arbeitskräften sie ihre Angebote zu kalkulieren hatten. 13

Im Anschluss an den Senatsbeschluss vom 21.7.2005 hat die Antragsgegnerin zu belegen versucht, dass sich die Anzahl der zu kalkulierenden Arbeitskräfte aus den Verdingungsunterlagen und maßgebenden Vorschriften zwingend ergebe und somit für die Bieter unverrückbar festgestanden habe. Insbesondere seien pro Sonde stets zwei Arbeitskräfte als ständig parallel arbeitendes "Räumpaar" einzurechnen gewesen. Dieser Auffassung vermag sich der Senat nicht anzuschließen. 14

Die Antragsgegnerin beruft sich auf Ziffer 5.1 des Leistungsverzeichnisses, wo auf S. 5 und 6 die zu berücksichtigenden Vorschriften aufgelistet sind, darunter auch die "Arbeitshilfen Kampfmittelräumung des BMVBW u. BMV". Schon aus den "Arbeitshilfen", so die Antragsgegnerin, ergebe sich der zwingende Einsatz eines parallel arbeitenden "Räumpaares" bei der Sondierung und Räumung. Indes heißt es dort an der hier interessierenden Stelle, Kapitel A-9.1.10: 15

Geltungsbereich 16

Diese Technische Spezifikation **definiert** einheitliche Begriffe im Bereich der Räumstellenorganisation. Sie gilt für gewerbliche Räumleistungen in den Phasen B und C. 17

... 18

2.2.2: 19

Räumpaare 20

Ein Räumpaar besteht aus zwei Räumarbeitern oder einem Räumarbeiter und einem Räumhelfer. 21

(Hervorhebung durch den Senat) 22

Der Begriff "Räumpaar" wird in den "Arbeitshilfen" mithin nur in seiner Zusammensetzung begrifflich festgelegt ("definiert"). Nicht vorgegeben wird in den Arbeitshilfen a.a.O., dass immer ein "Räumpaar" einzusetzen sei und wie dies zu geschehen habe. Dass der "Einzelräumer" in diesem Zusammenhang begrifflich nicht näher bestimmt wird, bedeutet nicht zwingend, dass es ihn in der Praxis nicht in irgendeiner Form geben dürfe, solange zum Beispiel eine Aufsicht besteht. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Begriffsdefinitionen der "Arbeitshilfen" zugleich als eine abschließende Aufzählung des einsetzbaren Personals zu verstehen sind. 23

Eine unzweideutige Anordnung über den Einsatz eines Räumpaares bei der Sondierung und Räumung ergibt sich auch nicht aus der berufsgenossenschaftlichen Regelung "BGR 114 - Zerlegen von Gegenständen mit Explosivstoff oder Vernichten von Explosivstoff oder Gegenständen mit Explosivstoff", auf die im Leistungsverzeichnis ebenfalls Bezug 24

genommen wird. In der BGR 114 heißt es zwar unter Ziffer 3.3:

Beim Umgang mit Fundmunition sind grundsätzlich 2 Personen einzusetzen. 25

Der Begriff "Umgang" hat indes nur einen allgemeinen Sinngehalt, der auch an anderer Stelle 26
der BGR 114 nicht weiter konkretisiert wird. Eine Fokussierung der Textstelle auf die
Tätigkeiten "Zerlegen" und "Vernichten" entsprechend dem Titel des Regelwerks kommt
somit zumindest in Betracht. Bei letzterem Verständnis wäre schon aus diesem Grunde die
Anordnung gemäß Ziffer 3.3 auf die hier interessierende Sondier- und Räumtätigkeit nicht
anzuwenden. Entscheidend ist jedoch, dass nach Ziffer 3.3 nur "grundsätzlich" 2 Personen
einzusetzen sind. Das Wort "grundsätzlich" eröffnet die Zulassung von Ausnahmen, wobei
nahe liegt, dass es dabei auf die konkreten Umstände der Aufgabenstellung ankommen soll.
Dies wiederum eröffnet den Unternehmen je nach Intensität ihrer Vorerkundungen und
Umfang ihrer Vorkenntnisse organisatorische und personalplanerische Spielräume, die sich
wiederum in unterschiedlichen Kalkulationen niederschlagen können. Erneut ist darauf
hinzuweisen, dass Ausschlussgründe mit Blick auf die im Vergabeverfahren gebotene
Transparenz und Gleichbehandlung so klar und unzweideutig zu formulieren sind, dass ein
unterschiedliches Verständnis aufseiten der Bieter ausgeschlossen ist.

Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, dass den 27
beteiligten Bietern aus früheren Räumkampagnen und im Übrigen aus den Anforderungen
der Praxis klar gewesen sei, dass die Sondier- und Räumleistungen mit einem "Sondenpaar"
erbracht werden müssen und in der Praxis auch nur so erbracht werden könnten. Auch dies
überzeugt im Ergebnis unter vergaberechtlichen Aspekten jedoch nicht. Auf frühere
Räumkampagnen kann die Antragstellerin nicht verwiesen werden, weil, wie dargelegt, schon
die strengen berufsgenossenschaftlichen Regelungen einzelfallbezogene Spielräume für das
Ob und Wie des Einsatzes von "Räumpaaren" eröffnen. Außerdem ist ein Verweis auf eine
frühere Praxis vergaberechtlich nicht angängig, weil die Erfahrungen und Vorkenntnisse der
Bieter durchaus unterschiedlich sein werden, namentlich bei jungen Unternehmen.
Vergaberechtliche Ausschlussgründe lassen sich wegen ihrer einschneidenden Rechtsfolgen
auf derart unsichere Grundlagen und Hinweise auf die "Praxis" nicht stützen. Selbst wenn der
Einsatz eines parallel arbeitenden Räumpaars arbeitstechnisch näher gelegen haben sollte,
sind andere Arbeitsabläufe immerhin denkbar und u.a. auch davon abhängig, welche
Vorerkundungen der Bieter an Ort und Stelle vorgenommen hat. Die zu vergebenden
Leistungen weisen als Besonderheiten auf, dass es im Wesentlichen nur um eine
Oberflächenräumung im Randbereich eines Truppenübungsplatzes geht. Überdies betrifft die
Obere Kalkulationsgröße zunächst einmal nur die betriebswirtschaftliche Kalkulation des
Unternehmens.

In ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 15.9.2005 hat die Antragsgegnerin zusätzlich 28
argumentiert, dass in Ziffer 5.1. des Leistungsverzeichnisses auch auf die
berufsgenossenschaftlichen Regeln der "Richtlinien für Arbeiten in kontaminierten Bereichen,
BGR 128, Bezug genommen werde. Nach Ziffer 7.3 BGR 128 gelte ein "Alleinarbeitsverbot".
Die Kampfmittelräumung stelle eine Arbeit dar, die nach Ziffer 3 dieser Richtlinie dem
Alleinarbeitsverbot unterliege. Indes ist die BGR 128 für die in Rede stehende Räumtätigkeit
nicht einschlägig. Nach Ziffer 1.2 findet die BGR 128 ausdrücklich keine Anwendung auf
Arbeiten zur Bergung und Beseitigung von explosionsgefährlichen Stoffen im Sinne des
Sprengstoffgesetzes, wozu - ebenfalls nach derselben BGR - insbesondere die
Kampfmittelbeseitigung bzw. die Beseitigung von Fundmunition gehört. Die BGR 128 kann
daher nur für die übrigen ausgeschriebenen Leistungen Bedeutung haben, etwa für das
Sortieren, Verpacken und Lagern von Munition und Munitionsteilen. Die Beurteilung ändert

sich auch nicht durch die "Betriebsanweisung nach § 20 GefStoffV", welche die Bieter auf einer CD mit den Verdingungsunterlagen erhalten haben sollen. Dort wird ein "Arbeitsplatz Sondierer mit Spatengänger, Sortierplatz" genannt. Wie Sondierer und Spatengänger zu kooperieren haben, ordnet die Anweisung hingegen nicht an und bleibt mithin den einzelnen Unternehmen überlassen. Darüber hilft auch Ziffer 4.2 der Betriebsanweisung nicht hinweg, wo es heisst:

"Bei Bergungsarbeiten ist die Anzahl der beteiligten Personen im Gefahrenbereich so gering wie möglich zu halten. Verbot von Alleinarbeit."

Der Begriff der "Alleinarbeit" ist im vorliegenden Kontext unpräzise. Eine völlige Alleinarbeit steht bei der Kalkulation der Antragstellerin auch nicht in Rede, da auch sie den Einsatz von Aufsichtspersonen vorsieht und vorsehen muss. 30

Die Verstöße gegen die Transparenz und Gleichbehandlung im Vergabeverfahren ergreifen im Streitfall alle verfahrensgegenständliche Lose (17 - 24), also nicht nur diejenigen, in denen eine Überschreitung der Oberen Kalkulationsgröße seitens der Antragstellerin in Rede steht. Die Anzahl der einzusetzenden Arbeitskräfte war für die gesamte Preiskalkulation eines Bieters relevant, nicht nur für die Obere Kalkulationsgröße. Die angeführten Vergaberechtsverstöße lassen sich somit für alle verfahrensgegenständlichen Lose nur durch die Rückversetzung in das Stadium der Angebotsaufforderung beseitigen, in dem die Vergabestelle die potentiellen Bieter mit einer Aufforderung zur Einreichung von Angeboten zugleich über die Obere Kalkulationsgröße und die hierfür maßgebenden Regeln vollständig unterrichten kann. 31

III. 32

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3, 4 GWB, § 91 ZPO (analog). 33