



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Leitsätze

1. **Kostenschätzung für eine Gesamtbaumaßnahme**
2. **Die Überprüfung einer Aufhebungsentscheidung des Auftraggebers ist nur zulässig, wenn der Schwellenwert erreicht oder überschritten wird.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Sanierung der Fassade des Finanzamtes
in xxxxxxxxxx

VK 1 - 21/16

der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx

gegen

den xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 2016 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, die hauptamtliche Beisitzerin Trottenburg und den ehrenamtlichen Beisitzer Bökamp

am **17. Juni 2016** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig zurückgewiesen.

2. Die Kosten werden auf xxx € festgesetzt.
3. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.

Gründe

I.

Die Verfahrensbeteiligten streiten um die Aufhebung einer Ausschreibung zur Fassadensanierung des Finanzamtes xxxxxxxxx, wobei die Antragstellerin einzige Bieterin war. Zugleich beanstandet die Antragstellerin die Absicht der Antragsgegnerin, die Leistungen im Wege einer freihändigen Vergabe durchzuführen, weil sie der Auffassung ist, dass mit der Gesamtbaumaßnahme der Schwellenwert überschritten wurde und deshalb ein offenes Verfahren erforderlich sei.

Die Antragsgegnerin hat eine Kostenübersicht (Stand 23.5.2016) in Tabellenform vorgelegt, auf die hiermit vollinhaltlich Bezug genommen wird. Anhand dieser Tabelle kam die Antragsgegnerin zu dem Ergebnis, dass keine europaweite Ausschreibung erforderlich ist.

Die Antragsgegnerin hatte bereits im Jahre 2013/2014 mit der Ausschreibung der Architektenleistungen für das Objekt begonnen und im Jahre 2015 die Bauleistungen ausgeschrieben. Die Sanierung der Fassade wurde erstmalig im Jahre 2015 ausgeschrieben, wobei die Antragsgegnerin mehrere Angebote erhielt, die zwischen 3 bis 4,9 Mio. € lagen. Diese Ausschreibung wurde aufgehoben. Die Sanierung der Fassade wurde sodann erneut ausgeschrieben. Die Antragstellerin gab als einzige ein Angebot ab, das sich auf ca. 3,6 Mio. € (netto) belief. Mit Schreiben vom 2.2.2016 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass das Vergabeverfahren aufgehoben wird, da das von der Antragstellerin eingereichte Angebot die zur Verfügung gestellten Haushaltsmittel für die Gesamtbaumaßnahme in erheblichem Maße übersteige. Das Schreiben ist der Antragstellerin am 25.4.2016 zugegangen. Weiterhin teilte die Antragsgegnerin mit, dass nunmehr eine freihändige Vergabe beabsichtigt sei.

Die Antragstellerin rügte die Aufhebung der Ausschreibung am 27.4.2016. Mit Schreiben vom 2.5.2016 teilte die Antragsgegnerin mit, dass das Angebot unwirtschaftlich sei und der Rüge nicht abgeholfen werde. Außerdem habe die Antragstellerin gegen § 4 Abs. 8 VOB/B verstoßen, weil sie sämtliche Gewerke an Nachunternehmer vergeben wolle. Die Antragstellerin wiederholte und ergänzte Ihre Rüge erfolglos und beantragte innerhalb der 15-Tagesfrist die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerin meint, dass ein Nachprüfungsverfahren zulässig sei, weil der Schwellenwert für EU-Ausschreibungen hier überschritten werde. Da die Planungsleistungen bereits im Jahre 2013 ausgeschrieben wurden, sei der zu dem Zeitpunkt geltende Schwellenwert in Höhe von 5 Mio. € zugrunde zu legen. Der Schwellenwert von 5.186.000 € gelte erst ab dem 1.1.2014. Aber in beiden Fällen überschreite die Gesamtbaumaßnahme den Schwellenwert. Jedenfalls seien Planungsleistungen dann mit in den Schwellenwert einzubeziehen, wenn diese zugleich Gegenstand der Bauleistung sind.

Ausgehend von der Kostenschätzung der Antragsgegnerin (Stand 23.5.2016) ist die Antragstellerin der Auffassung, das sich entweder ein Gesamtnettopreis von 5.250.156 € unter Berücksichtigung der 1. Ausschreibung der Fassadensanierung ergibt oder ein Netto-Gesamtpreis von 5.619.521 €, soweit man die 2. Ausschreibung der Fassade berücksichtigen würde. Ein solcher Wert ergebe sich daraus, dass man die Dachdichtungsarbeiten, die Gerüstbauarbeiten, die Baustelleneinrichtungsarbeiten, die Abbrucharbeiten, die Blitzschutz- und Elektroarbeiten sowie die Umzüge hinzuaddiere. Zuzüglich der Arbeiten an der Fassade und den Planungsleistungen käme man dann über einen Wert von insgesamt 5.186.000 €.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass auch die Vergabe von Interimsleistungen mit in die Berechnung des Schwellenwertes einzubeziehen sei. Hierbei handele es sich um die Anmietung von Containern zur vorübergehenden Unterbringung der Mitarbeiter des Finanzamtes. Diese würden unter VE 10 in der Kostenschätzung aufgeführt. Diese würden zu den Bauleistungen zählen, weil sie bereits formal in der Kostenschätzung der Antragsgegnerin aufgelistet seien. Darüber hinaus seien auch bauliche Maßnahmen in diesem Zusammenhang feststellbar. Denn man habe Fundamente erstellt und Schotter eingefüllt, damit die Container darauf platziert werden konnten.

Zudem meint die Antragstellerin, dass die Kostenschätzung der Antragsgegnerin – soweit man sich die Einzelheiten dazu ansehe – insgesamt unseriös sei. Ungewöhnlich sei zunächst, dass keine Kostenpuffer aufgrund von Unwägbarkeiten enthalten seien, obwohl dies nach DIN 276 vorgeschrieben werde. Diesbezüglich würden erfahrungsgemäß ca. 15 % der Gesamtkosten nochmals hinzuaddiert, um Mittel für unvorhergesehene Leistungen zu haben.

Außerdem sei die Kostenschätzung der Antragsgegnerin in Bezug auf die Fassadensanierung äußerst fehlerbehaftet. Es seien Leistungen laut Leistungsverzeichnis mit Schätzwerten unterlegt, die nicht nachvollziehbar seien, da die Leistungen erheblich mehr Aufwand erfordern würden und deshalb kostenintensiver seien, als von der Antragsgegnerin angenommen bzw. geschätzt. Dabei handelt es sich um die Positionen 01.02.0010 und 01.02.0020, wonach ein Fassadenaufmaß und die Erstellung von Fertigungszeichnungen gefordert wurden. Diese Leistungen würden Planungsleistungen der Phase 5 enthalten und somit auch entsprechend zu vergüten. Die Antragstellerin verweist diesbezüglich auf ihr Angebot vom 21.4.2016 und trägt vor, dass es sich insgesamt um xxxxxxxxxx € handele. Soweit andere Bieter - so wie aus dem Preisspiegel aus der laufenden freihändigen Vergabe ersichtlich - erheblich günstiger anbieten, entspreche das nicht den zu erbringenden Leistungen. Denn bei der Sanierung der konkreten Fassade seien etliche technische Details bereits planungsmäßig zu berücksichtigen.

Die Antragstellerin trägt vor, dass die Antragsgegnerin gerade in den Fällen, in denen der Schwellenwert knapp unterschritten werde, ganz besonders dazu verpflichtet sei, eine seriöse Schätzung vorzunehmen und diese in den Vergabeakten zu dokumentieren. Das könne insbesondere für die Gründe, die zur Aufhebung der 2. Ausschreibung für die Fassadensanierung geführt hätten, nicht nachvollzogen werden.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass auch der Hinweis auf die Nichteinhaltung des § 4 Abs. 8 VOB/B ohne Relevanz sei, weil es sich hier um eine Ausschreibung oberhalb der Schwellenwerte handele und die Regelung in diesem Bereich keine Anwendung finde.

Darüber hinaus meint die Antragstellerin, dass die Aufhebung der 2. Ausschreibung hinsichtlich der Fassadensanierung gegen §§ 17 ff. EG VOB/A verstoße, weil es dafür keinen schwerwiegenden Grund gebe. Ausgehend von der Rechtsprechung des BGH, Beschluss vom 20.3.2014, sei die Aufhebung einer Ausschreibung durch den Auftraggeber zwar auch ohne Grund zulässig, weil kein Kontrahierungszwang bestehe. Vorliegend seien diese Voraussetzungen aber nicht erfüllt, weil die vorgenommene Kostenschätzung nicht ordnungsgemäß gewesen sei.

Deshalb sei auch die geplante freihändige Vergabe unzulässig, da der Schwellenwert hier überschritten werde. Die Antragsgegnerin müsse vielmehr nach § 119 GWB ein neues gemeinschaftskonformes Verfahren durchführen, soweit sie das rechtswidrig aufgehobene Verfahren nicht fortführen wolle. Hinsichtlich des neuen Verfahrens würde aber neues Recht gelten, so dass gemäß § 3 Abs. 6 S. 1 VgV nunmehr nicht nur die Bauleistungen in die Gesamtvergütung einfließen würden, sondern auch alle Liefer- und Dienstleistungen. Damit sei der Schwellenwert definitiv überschritten.

Zudem meint die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin das Verfahren augenscheinlich in die Hände externer Berater gegeben habe, ohne selbst die erforderlichen Entscheidungen zu treffen. Sie gehe auch davon aus, dass die Dokumentation fehlerhaft sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. Es wird festgestellt, dass die mitgeteilte Aufhebung des o.g. Verfahrens rechtswidrig ist.
2. Es wird festgestellt, dass die geplante freihändige Vergabe des Bauvorhabens "Finanzamt Bielefeld Innenstadt, Hochhaus und Kassenhalle, Fassadensanierung" bei fortbestehender Vergabeabsicht rechtswidrig ist.
3. hilfsweise: Die Kammer wirkt unabhängig von unseren Anträgen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hin.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
5. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantragsantrag als unzulässig zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, weil der Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung hier nicht überschritten werde.

Zunächst trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Architektenleistungen, die im Jahre 2013 ausgeschrieben wurden, bei der Berechnung des Schwellenwertes unberücksichtigt bleiben müssten. Denn § 3 Abs. 5 VgV a.F. habe als Bauleistungen gerade anderweitige Dienstleistungen nicht miteinbezogen, sondern nur sämtliche Bauaufträge und die Lieferaufträge. Wenn die Architektenleistungen unberücksichtigt bleiben, sei der maßgebliche Stichtag der 1.1.2014, so dass von einem Schwellenwert von 5.186.000 € auszugehen sei.

Die Schätzung sei vor Beginn des Vergabeverfahrens erfolgt. Die Antragsgegnerin verweist insoweit auf die Vergabeunterlagen, aus denen sich das für das jeweilige Gewerk ergebe.

Hinsichtlich des Gewerkes „Fassadensanierung“ sei man von einem Betrag ausgegangen, der sich aus der 1. Ausschreibung (aufgehoben) ergebe. Die Schätzung würde somit auf konkreten Angeboten beruhen. Dann seien die Positionen 03 (Baustelleneinrichtung), 04 (Gerüstarbeiten), 05 (Dacharbeiten), 08 (Elektro- und Blitzschutzarbeiten) und 10 (Interim) bereits vergeben worden. Die in der Kostenschätzung eingetragenen Auftragssummen seien somit Istwerte und keine Prognosen mehr.

Die Antragsgegnerin meint zudem, dass die VE 10 – also die Anmietung von Containern für die Mitarbeiter des Finanzamtes - eigentlich gar nicht zu den Gesamtkosten hinzuaddiert werden müsste. Denn dabei handele es sich nicht um Bauleistungen. Man habe diese Leistungen lediglich deshalb in die Kostenschätzung eingestellt, weil man dort sämtliche Kosten intern habe abbilden wollen, die für die Durchführung des Projektes insgesamt anfallen würden.

Zudem trägt die Antragsgegnerin vor, dass eine Schätzung nicht falsch sei, nur weil eingereichte Angebote über oder unter dem Schätzwert liegen. Beispielsweise sei die VE 04 (Abbrucharbeiten) zuvor erheblich höher, und zwar mit ca. 380.000 € in die Kostenschätzung eingestellt worden. Der Auftrag sei letztlich für 152.387, 21 € vergeben worden. Denn es habe sich herausgestellt, dass durch den Verkauf des abgebauten Metalls erhebliche Kosten eingespart werden konnten.

Hinsichtlich der Gründe für die Aufhebung der Ausschreibung „Fassadensanierung“ trägt die Antragsgegnerin vor, dass bei der ersten Ausschreibung das Budget um 935.213,77 € überschritten worden sei, was zur Aufhebung geführt habe. Dann habe man das Leistungsverzeichnis so überarbeitet, dass erhebliche Einsparungen zu erwarten waren. Beispielsweise wurde eine Qualitätsreduzierung des Fassadenbekleidungsmaterials oder bei den Türen vorgenommen. Obwohl deutlich Qualitäten reduziert wurden, habe das bei der 2. Ausschreibung nicht zu Angeboten geführt, die im prognostizierten Kostenrahmen lagen. Vielmehr habe das einzige Angebot, also das Angebot der Antragstellerin, mit ca. 1,4 Mio. € brutto über der Prognose und über allen Angeboten aus dem ersten Verfahren gelegen, was nicht sein könne, da ja die Qualität reduziert worden sei. Aktuell habe man im Rahmen der freihändigen Vergabe mit dem Leistungsverzeichnis aus der 2. Ausschreibung ein Angebot vorliegen, das sich auf ca. 3 Mio. € netto belaufe.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass sie insbesondere in den Positionen 01.02.0010 und 01.02.0020 keine Planungsleistungen der Phase 5 ausweislich des Leistungsverzeichnisses gefordert habe. Vielmehr habe bereits der Generalplaner diese Planungsleistungen gefertigt. Von den Unternehmen, die die Fassadensanierung vornehmen sollten, würden nur noch Werks- und Montageplanungen gefordert, die mit der Phase 5 nicht vergleichbar seien. Die Antragsgegnerin trägt vor, dass sie die technischen Gründe hinsichtlich des Schwierigkeitsgrades, die von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wurden, nachvollziehen könne. Aber sie habe auch die Angebote aus der "freihändigen Vergabe" vorliegen, die andere Werte dort ausweisen würden. Letztlich handele es sich um die Kalkulation der Bieter. Die Kalkulation sei einfach Sache des Bieters, weil dieser aufgrund des vorhandenen Leistungsverzeichnisses seine Kalkulation selbständig vorzunehmen habe.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 29. Juli 2016 verlängert. Am 15. Juni 2016 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Das Vergabeverfahren ist vor dem 18.4.2016 begonnen worden, so dass gemäß § 186 Abs. 2 GWB sowohl das Vergabeverfahren als auch die Nachprüfung nach dem bisherigen GWB zu Ende zu führen sind.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NRW, wonach die Vergabestelle ihren Sitz im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen hat.

1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

1.1 Bereits mit Beschluss vom 18.2.2003, X ZB 43/02 hat der BGH entschieden, dass ein Nachprüfungsverfahren auch die Überprüfung einer Aufhebungsentscheidung zum Gegenstand haben kann und § 114 Abs. 1 GWB insoweit nicht entgegensteht.

1.2 Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich aus § 107 Abs. 2 GWB, da sie mit der Abgabe ihres Angebots ihr Interesse am Auftrag bekundet hat und sie auch glaubhaft darlegt, an einer neuen Ausschreibung teilnehmen zu wollen.

1.2 Die Rüge erfolgte gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unverzüglich, nachdem die Antragstellerin von der Aufhebung der Ausschreibung Kenntnis genommen hat. Das Schreiben vom 2.2.2016 ist der Antragstellerin unstreitig erst am 25.4.2016 zugegangen, so dass die am 27.4.2016 erfolgte Rüge umgehend erfolgte. Die Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB wurde ebenfalls von der Antragstellerin gewahrt.

1.3 Der Nachprüfungsantrag ist aber unzulässig, da der Gesamtauftragswert für Bauleistungen nicht überschritten wird.

a) Der hier maßgebliche Schwellenwert betrug 5.186.000 € netto.

§ 2 Abs. 1 VgV in der Fassung vom 15.10.2013 enthält erstmalig eine dynamische Verweisung in die jeweils geltende Verordnung der EU, mit denen die Schwellenwerte festgelegt werden. Zum 1.1.2014 betrug dieser Schwellenwert für Bauleistungen 5.186.000 € Baumaßnahmen, die nach dem 1.1.2014 zur Ausführung kamen, mussten somit europaweit ausgeschrieben werden, wenn nach der Schätzung des öffentlichen Auftraggebers die Gesamtbaumaßnahme diesen Schwellenwert erreicht oder überschritten hätte, so § 3 Abs. 1 VgV iVm § 3 Abs. 9 VgV.

b) Nicht entscheidend ist vorliegend § 3 Abs. 5 VgV, wonach bei Bauleistungen neben dem Auftragswert der Bauaufträge der geschätzte Wert aller Lieferleistungen zu berücksichtigen ist, die für die Ausführungen der Bauleistungen erforderlich sind und vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Dies betrifft den Sonderfall, dass der Auftraggeber selbst bestimmte Leistungen erbringt, und nicht nur der Auftragnehmer.

c) Auch die im Jahre 2013 ausgeschriebenene Architektenleistungen sind bei der Schätzung der Bauleistungen nicht zu berücksichtigen. Vielmehr waren die freiberuf-

lichen Leistungen gemäß § 3 Abs. 8 VgV zu schätzen und wurden in einem separaten Vertrag vergeben.

Ob diese Leistungen nach der Neufassung des § 3 Abs. 6 VgV (2016) als "Dienstleistungen" zusätzlich bei der Kostenschätzung eines Bauauftrages zu berücksichtigen sind, kann vorliegend dahin gestellt bleiben. Auch soweit eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens erforderlich werden sollte, muss dieses nach dem bisherigen Recht erfolgen (§ 186 GWB 2016).

d) Anknüpfungsnorm ist vielmehr § 3 Abs. 7 VgV. Besteht die beabsichtigte Beschaffung aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, ist der Wert aller Lose zugrunde zu legen. Dabei kann es sich auch um Fachlose handeln, also um Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbebezweige, wie das vorliegend der Fall war.

aa) Gemäß § 3 Abs. 9 VgV ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswertes der Tag, an dem die Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe abgesendet wird oder das Vergabeverfahren eingeleitet wird. Die Kammer hält es aber für zulässig, diese Kostenschätzung, eine Prognose, im Laufe des Bauprojekts durch eine Kostenschätzung zu überprüfen, die fortgeschrieben wird. Damit erfolgt letztlich ein Abgleich mit dem Schätzwert.

Entscheidend ist aber die Schätzung der Antragsgegnerin ausweislich der Tabelle (Stand 23.5.2016), die unter dem 7.12.2015 (2. Spalte) erfolgte. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.7.2010, Verg 34/10, gilt das auch dann, wenn sich im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens insbesondere aufgrund der abgegebenen Angebote herausstellt, dass der Wert der benötigten Leistung tatsächlich oberhalb oder unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes liegt.

bb) Ausgehend von dieser Kostenschätzung liegt der Auftragswert für die Gesamtbaumaßnahme nicht oberhalb von 5.186.000 € netto. Aber auch ein Wert von 5 Mio. € netto wird hier nicht erreicht.

Die Kammer weist zunächst darauf hin, dass bereits in der mündlichen Verhandlung evident wurde, dass die Schätzung des Auftragswertes sehr unterschiedlich vorgenommen werden kann. Die Kammer hat sich hier an der fortgeschriebenen Kostenschätzung vom 7.12.2015 als Ausgangspunkt orientiert, die bereits vergebenen Aufträge zur Überprüfung der Kostenschätzung genommen und die Auffassungen der Antragstellerin weitestgehend mitberücksichtigt.

(1) Die Antragsgegnerin hat laut Kostenschätzung vom 7.12.2015 einen Nettoauftragswert von 4.150.021,78 € angenommen.

Diese Kostenschätzung lässt sich in den Bereichen VE 03, 04, 05, 08 und 10 mit konkreten Auftragssummen (Istwerten) abgleichen. Die Abweichung in der VE 04 konnte in der Verhandlung erklärt werden; der Verkauf des Metalls führte zu Einsparungen. Die Schätzung für die VE 03 war hingegen definitiv zu gering angesetzt. Die anderen Kostenschätzungen werden durch die bereits vergebenen Aufträge im Wesentlichen "bestätigt". Die Kostenschätzung war somit in Bezug auf diese VE insgesamt gesehen durchaus in Ordnung.

(2) Der Auftragswert für die Interimsvergabe wurde auf 385.919,57 € zunächst geschätzt und beläuft sich jetzt auf 538.898,60 €, wobei das aber einfach mit der Dauer des Mietvertrages für die Container zusammenhängt.

Die Kammer tendiert dazu, die Kosten für die VE 10 nicht mit in den Schätzwert für die Bauleistungen einzubeziehen, weil diese nicht Gegenstand der DIN 276 sind. Rein formal hat die Antragsgegnerin diese aber in ihrer Kostenschätzungstabelle auch mit aufgeführt, so dass diese zugunsten der Antragstellerin auch in der Kostenschätzung bleiben sollten, und zwar mit dem am 7.12.2015 geschätzten Wert, der also bereits in der o.g. Gesamtsumme enthalten ist.

(3) Die Kostenschätzung für die Fassadensanierungsarbeiten ergab am 7.12.2015 einen Schätzwert von 2.905.142,40 € brutto. Durch den Abgleich mit den Angeboten aus der "freihändigen Vergabe", die Beträge von ca. 3,6 bis 4,2 Mio. € brutto auswies, aber auch mit den Erkenntnissen aus den vorhergehenden und bereits aufgehobenen Ausschreibungen, lag der tatsächlich am Markt zu erzielende Betrag höher als geschätzt.

Allerdings hat die Antragsgegnerin zunächst selbst ihre Anforderungen an die Qualität der Leistungen korrigiert, indem sie das Leistungsverzeichnis abänderte und die Qualität reduzierte. Diesbezüglich sind beispielsweise Reduzierungen von Qualitätsstandards bei dem Fassadenbekleidungsmaterial und an den Türen vorgenommen worden, die eine Verringerung der Angebotssummen nachvollziehbar machen. Solche Veränderungen am Leistungsverzeichnis sind jederzeit möglich, auch wenn es eine Korrektur der Kostenschätzung bedeutet. Entscheidend ist nur, dass die Änderungen des Leistungsverzeichnisses für alle Bieter gleichermaßen und transparent erfolgen. Vor diesem Hintergrund lässt die Kammer den Schätzwert für die VE 01 vom 7.12.2015 als nachvollziehbar stehen.

Soweit die Antragstellerin meint, dass das Leistungsverzeichnis in den Positionen 01.02.0010 und 01.02.0020 die dazu erforderlichen umfangreichen Planungsleistungen nicht berücksichtige, können diese Werte mit in die Schätzung eingestellt werden. Nach Auffassung des OLG München, Beschluss vom 31.10.2012, Verg 19/12 müssen in den Fällen, in denen sich ein Vertrag sowohl auf konkrete Planungsleistungen und auf die Bauleistungen gleichzeitig bezieht, also beide Leistungsteile erfasst werden, beide Schätzwerte addiert werden.

Zugunsten der Antragstellerin unterstellt die Kammer hier zunächst den Fall, dass diese Planungsleistungen nicht ordnungsgemäß in die Kostenschätzung eingestellt wurden. Entweder berechnet man dann noch einen üblichen Aufschlag von 5% oder man nimmt als "Schätzbetrag" die von der Antragstellerin in ihrem Angebot vom 21.4.2016 genannten Beträge, also xxxxxxxxxx €. Die Kammer hat hier ausgehend vom o.g. Schätzwert für die VE 01 noch 5% als Ausgleich angenommen. Dies entspricht einem Betrag von ca. 150.000 €.

(4) Letztendlich werden üblicherweise noch ca. 10 % der Gesamtkosten für Unwägbarkeiten aufgeschlagen. Eine solche konkrete Ausweisung findet sich hier allerdings nicht in einer gesonderten VE in der Kostenschätzung wieder. Ein Betrag von 15% - so wie von der Antragstellerin vorgeschlagen- wäre eher unüblich. Die Kammer hat somit dem Gesamtauftragswert (netto) noch 10 % für diese Unwägbarkeit hinzugerechnet.

(5) Im Ergebnis ergibt sich damit folgende Berechnung:

zu (1)	4.150.021,78 €	Schätzwert netto
zu (2)	VE 10 wird berücksichtigt	bereits Inhalt der Schätzung
zu (3)	zu der VE 01 werden 150.000 € hinzugerechnet	

zu (4) für Unwägbarkeiten werden 430.000 € (10%) hinzugerechnet

4.150.021,78 €
+ 150.000,00 €
= 4.300.021,78 €

+ 430.000,00 €

Im Ergebnis kommt man somit auf einen Gesamtauftragswert von (geschätzten) 4.730.021,78 € für die Gesamtbaumaßnahme, wobei zugunsten der Antragstellerin auch fragliche Positionen mitberücksichtigt wurden.

Im Ergebnis liegt der Auftragswert unterhalb von 5.186.000 € netto und auch unterhalb von 5 Mio. €. Da der für die Nachprüfung erforderliche Schwellenwert hier nicht erreicht oder überschritten wurde, ist der Nachprüfungsantrag unzulässig.

2. Einen Anspruch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebungsentscheidung hat die Antragstellerin somit nicht.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmer Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Dazu zählen auch Aufhebungsentscheidungen des öffentlichen Auftraggebers. Entscheidend ist jedoch, dass der 4. Teil des GWB überhaupt zur Anwendung kommt.

Unter Berücksichtigung der o.g. Ausführungen ist der Schwellenwert für Baumaßnahmen hier nicht erreicht, so dass gemäß § 100 Abs. 1 GWB der 4. Teil nicht anwendbar ist.

3. Gleichzeitig bedeutet das, dass auch der Antragsgegnerin, da sie im Bereich unterhalb der Schwelle tätig wird, durch eine Vergabekammer nicht aufgegeben werden kann, eine bestimmte Verfahrensart (beispielsweise offenes Verfahren statt freihändiger Vergabe) einzuhalten.

III.

Für Amtshandlungen der Vergabekammern werden gemäß § 128 Abs. 1 GWB Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben, wobei die Gebühr mindestens 2500 € beträgt. Ausgehend von der Gebührentabelle des Bundes und der Länder, die von der entscheidenden Vergabekammer ebenfalls zugrunde gelegt wird, beträgt die Gebühr bei einem Auftragswert von ca. 4,7 Mio. € 5500 €.

Die Antragstellerin unterliegt mit ihrem Nachprüfungsantrag, da der Schwellenwert für Baumaßnahmen nicht erreicht oder überschritten wird, so dass die Aufhebungsentscheidung der Antragsgegnerin nicht überprüfbar ist. Sie trägt somit die Kosten des Verfahrens.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet

ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Trottenburg