

Beitrag (IBR 2006, 295)

Antragsbefugnis trotz Ausschluss des eigenen Angebotes!

1. Sind an einem Vergabeverfahren nur noch zwei oder wenige Bieter beteiligt, deren Angebote unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgeschlossen werden müssen, so liegt ein möglicher Schaden (GWB § 107 Abs. 2) des Antragstellers, auch wenn dessen Angebot ebenfalls von vornherein auszuschließen war, darin, dass er sich im Falle einer Neuausschreibung des Auftrags wiederum an dem Vergabeverfahren beteiligen könnte.
2. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und eine Interessenbeeinträchtigung eines Antragstellers ist immer dann zu bejahen, wenn hinsichtlich aller Angebote ein (zwingender) Ausschlussgrund vorliegt, ohne dass es darauf ankommt, ob Gleichartigkeit der Mängel im Rahmen einer bestimmten Position eines Leistungsverzeichnisses oder in anderen für die Angebotswertung relevanten Bereichen vorliegt.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 06.03.2006 - [11 Verg 11/05](#) (NZBau 2006, 809)

GWB § 97 Abs. 2, 7, § 107 Abs. 2; VOL/A § 25 Nr. 1 Abs. 1

Problem/Sachverhalt

Die Polizei Hessen will im Offenen Verfahren Einsatzanzüge einkaufen. Die Bieter müssen mit den Angeboten verschiedene Protokolle und Prüfungsnachweise vorlegen. Kein Angebot enthält alle geforderten Nachweise. Ein ausgeschlossener Bieter greift die zu Gunsten eines Konkurrenten gefällte Vergabeentscheidung an.

Entscheidung

Das OLG sieht die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig an, weil (auch) das bevorzugte Angebot wegen fehlender Nachweise gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A zwingend auszuschließen ist. Den Ausschluss kann aufgrund des **Gleichbehandlungsgebotes** auch ein Bieter durchsetzen, der wegen Angebotsfehlern selbst auszuschließen ist (a. A. OLG Jena, [IBR 2005, 444](#); OLG Naumburg, [IBR 2005, 707](#); OLG Koblenz, [IBR 2005, 1093](#) - nur online). Das Vergabeverfahren muss aufgehoben werden, so dass bei einer Neuausschreibung alle Bieter eine erneute Zuschlagchance erhalten. Auf die Gleichartigkeit von Angebotsfehlern kommt es nicht an (entgegen OLG Düsseldorf, [IBR 2005, 1208](#) - nur online; BayObLG, [IBR 2005, 346](#)).

Praxishinweis

Wegen der Formstrenge des Vergaberechts führen Ausschreibungen häufiger dazu, dass "eigentlich" alle Angebote ausgeschlossen werden müssten. Das OLG schließt dann mit erfreulicher Klarheit die Möglichkeit aus, dass der Auftraggeber dennoch einen Bieter auswählt und nur dessen Mitbewerber ausschließt. Wenn dies möglich wäre, würde der **willkürlichen Auswahl** eines Auftragnehmers Tür und Tor geöffnet. Wegen der Divergenz zwischen den OLG wird das Hauptsacheverfahren - wenn es sich nicht durch Antragsrücknahme erledigt (OLG Jena, [IBR 2005, 444](#); OLG Frankfurt, [IBR 2006, 165](#)) - dem BGH zur Entscheidung über die Reichweite des Gleichbehandlungsgebotes vorgelegt. Das war hier bei der Entscheidung über die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde nicht der Fall (GWB § 118 Abs. 1, § 124 Abs. 2). Das OLG betont, dass am Vergabeverfahren "nur noch zwei oder wenige Bieter beteiligt" sind. Dies dürfte auf die **eingeschränkte Amtsermittlungspflicht** (GWB § 110 Abs. 1) hinweisen. Nur wenn der zwingende Ausschluss sämtlicher Angebote auf der Hand liegt, kann die Auftragchance durch eine Neuausschreibung geltend gemacht werden. Unzulässig bleibt dagegen ein Nachprüfungsantrag "ins Blaue hinein" durch einen auszuschließenden Bieter, der nur allgemein vermutet, dass auch alle anderen Angebote fehlerhaft sind. Zulässig sollte jedoch sein, nicht nur Formfehler anderer Angebote (1. Wertungsstufe VOL/A § 25 Nr. 1 Abs. 1), sondern auch die fehlende Eignung von Mitbewerbern (2. Stufe VOL/A § 25 Nr. 2 Abs. 1) geltend zu machen.

RA Prof. Horst Franke, Frankfurt a.M. 

© id Verlag