


**Gericht:** OLG Düsseldorf Vergabesenat  
**Entscheidungsdatum:** 19.05.2021  
**Aktenzeichen:** Verg 13/21  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2021:0519.VERG13.21.00  
**Dokumenttyp:** Beschluss  
**Quelle:** 

**Zitiervorschlag:** OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Mai 2021 - Verg 13/21 -, juris

---

### Tenor

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 9. März 2021 - VK 1 - 4/21 - bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern, wird abgelehnt.

Der Beschluss des Senats vom 31. März 2021 ist gegenstandslos.

Der auf den 26. Mai 2021 anberaumte Termin zur mündlichen Verhandlung wird zunächst aufgehoben. Der Antragstellerin wird aufgegeben, binnen zwei Wochen zu erklären, ob das Verfahren fortgesetzt werden soll und ob in diesem Fall ggf. Einverständnis mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren besteht.

Die Antragsgegnerin wird gebeten, die Erteilung eines Zuschlags zeitnah mitzuteilen.

### Gründe

I.

- 1 Mit Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 12. Oktober 2020 (Anlage AS1) machte die Autobahndirektion R. die Vergabe des die Autobahn 96 betreffenden Brückenbauauftrags "Ersatzneubau BW 62 - 2 FR 12" europaweit bekannt. Einziges Zuschlagskriterium war nach der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen der Preis. Die Auftragsbekanntmachung enthielt unter ihrer Ziffer II.1.5) keine Angabe zum geschätzten Gesamtwert der Baumaßnahme. Die Autobahndirektion R. schätzte den Auftragswert zum 2. Oktober 2020 ausweislich der Vergabeunterlagen auf einen Betrag von xxx EUR. Diese Schätzung basierte auf einer 84 Seiten umfassenden Berechnung (Bl. 951-1034 der Verfahrensakte der Vergabekammer) eines externen Ingenieurbüros.
- 2 Der Angebotsaufforderung, die Teil der Vergabeunterlagen war, lag u.a. das Formblatt 223 VHB Bund bei. Letzteres war gemäß Punkt D) des Aufforderungsschreibens "ausgefüllt auf gesondertes Verlangen" beim Auftraggeber einzureichen. Im Zuge einer Änderung des Leistungsverzeichnisses ("Änderungspaket 1") erhielten die Bieter am 13. November 2020 auch ein geändertes Formblatt 223 VHB Bund zur Verfügung gestellt.

- 3 Das Formblatt 223, das mit "Aufgliederung der Einheitspreise" überschrieben ist, gibt die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses tabellarisch wieder und ergänzt sie um auszufüllende Spalten zum Zeitanatz sowie zu den Teilkosten "Löhne", "Stoffe", "Geräte" und "Sonstiges". Die fünf Spalten sind jeweils mit der Fußnote 2 versehen, die wie folgt lautet:
- 4 "2 Ist bei allen Teilleistungen anzugeben, unabhängig davon ob sie der Auftragnehmer oder ein Nachunternehmer erbringen wird."
- 5 Die Spalte "Löhne" ist darüber hinaus noch mit einer Fußnote 3 gekennzeichnet. Diese lautet wie folgt:
- 6 "3 Sofern der zugrunde gelegte Verrechnungslohn nicht mit den Angaben in den Formblättern 221 oder 222 übereinstimmt, hat der Bieter dies offenzulegen."
- 7 Mit der Änderung des Leistungsverzeichnisses zum 13. November 2020 ging eine Reduzierung von Mengen einher. Diese schlug sich auch in der Auftragswertschätzung nieder. Die Vergabestelle ging nunmehr und zum Zeitpunkt der Angebotswertung von einem Auftragswert von xxx EUR aus (Bl. 894-930 der Verfahrensakte der Vergabekammer).
- 8 Neben weiteren Bietern gaben binnen der bis zum 18. November 2020 um 10.00 Uhr laufenden Angebotsabgabefrist die Antragstellerin und die Beigeladene ein Angebot ab. Nach dem Submissionsprotokoll vom 18. November 2020 (Anlage AS2) lag das Angebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis von xxx EUR brutto an erster Stelle und dasjenige der Beigeladenen mit einem Angebotspreis von xxx EUR brutto an zweiter Stelle. Drittplatzierte Bieterin war die C. mit einem Angebotspreis von xxx EUR brutto.
- 9 Nach Prüfung der Angebote vermerkte ein Mitarbeiter der Vergabestelle unter dem 19. November 2020 Folgendes in der Vergabeakte:
- 10 "Das Angebot des erstplatzierten Bieters (Fa. F.) weicht um - 11,25 % von der LV-Kostenberechnung ab. Nach erster Prüfung der Einheitspreise konnten teilweise sehr hohe bzw. sehr niedrige Einheitspreise, im Vergleich zur LV-Kostenberechnung sowie auch zu den Einheitspreisen der Mitbewerber, festgestellt werden. Aufgrund der Abweichung von mehr als 10 % zur LV-Kostenberechnung sowie der teilweise sehr untersetzten bzw. überhöhten Einheitspreise wird festgelegt vertieft in die Preisprüfung einzusteigen.
- 11 Zusätzlich zum FB 223 wird bereits mit FB 3216 EU eine Aufklärung der Einheitspreise, welche bereits ohne vertiefte Preisprüfung als sehr auffällig einzustufen sind, mit abgefragt. Dies erscheint sinnvoll, da so evtl. Zeit gewonnen werden kann, um den Zuschlag noch in 2020 zu erteilen, insofern die vertiefte Preisprüfung keinen weiteren Aufklärungsbedarf hervorbringt."
- 12 Mit dem Formblatt 3216EU VHB Bayern (Anlage AS 3) forderte die Vergabestelle die Antragstellerin am 20. November 2020 hiernach u.a. auf, das Formblatt 223 bis spätestens zum 26. November 2020 vorzulegen. Diese Vorlageaufforderung war mit dem Hinweis versehen, dass das Angebot nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A ausgeschlossen wird, wenn die Angaben nicht binnen der Frist "vollständig" vorgelegt werden. Darüber hinaus bat die Vergabestelle die Antragstellerin in Bezug auf im Einzelnen aufgeführte Positionen des Leistungsverzeichnisses unter Setzung einer identischen Frist um Erläuterung der Zeitanätze, der Kalkulation und der Ansätze für Löhne, Stoffe und Geräte. Sie vermerk-

te dazu, dass die von der Antragstellerin angebotenen Einheitspreise für diese Positionen im Vergleich mit aktuellen Projekten weit unter bzw. über den marktüblichen Preisen für diese Leistungspositionen lägen. Diese Aufforderung war mit dem Hinweis versehen, dass das Angebot gemäß § 15 EU Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen wird, wenn die Angaben nicht innerhalb der Frist vorgelegt werden.

- 13 Die Antragstellerin antwortete hierauf mit einem Schreiben vom 25. November 2020 (Anlage AS4), dem unter anderem das Formblatt 223 beigelegt war, so wie es von der Antragstellerin ausgefüllt worden ist. Bei zahlreichen Positionen des Leistungsverzeichnisses hatte die Antragstellerin in das Formblatt - anders als dort vorgesehen - keine aufgeschlüsselten Preise für Löhne, Stoffe oder Geräte, sondern lediglich die Angabe "0,00" eingetragen. Preise waren stattdessen ohne Aufschlüsselung und betragsmäßig deckungsgleich in den Spalten "Sonstiges" und "Angebotener Einheitspreis" angegeben. Das Feld "Zeitansatz" war bei keiner Leistungsposition ausgefüllt.
- 14 Die Vergabestelle hatte das Formblatt 223 nicht nur von der Antragstellerin nachgefordert, sondern auch von der Beigeladenen und der C. Beide legten das angeforderte Formblatt fristgerecht vor. Dasjenige der Beigeladenen (Bl. 830-846 der Verfahrensakte der Vergabekammer) ist teilweise ähnlich unzureichend ausgefüllt wie dasjenige der Antragstellerin.
- 15 Mit Vorabinformationsschreiben vom 11. Dezember 2012 (Anlage AS5) teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen werde, weil geforderte Unterlagen nicht rechtzeitig vorgelegt worden seien. Im Einzelnen begründete sie den Ausschluss wie folgt:
- 16 "Das FB 223 wurde inhaltlich unzureichend vorgelegt. Entgegen der Ausfüllhinweise insbesondere in der Fußnote 2 erfolgte bei vielen Positionen keine Aufgliederung, sondern lediglich Eintragungen in der Spalte Sonstiges. In der Spalte Zeitansatz wurden keinerlei Eintragungen vorgenommen. Eine Aufklärung über die Preisgestaltung war somit nicht möglich. Legt ein Bieter auf eine berechtigte Anforderung vorbehaltener Unterlagen nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A lediglich inhaltlich unzureichende Unterlagen vor, führt dies zum zwingenden Ausschluss des betreffenden Angebots [...]"
- 17 Mit anwaltlichem Schreiben vom 15. Dezember 2020 (Anlage AS6) rügte die Antragstellerin den Angebotsausschluss als vergaberechtswidrig. Das Verlangen nach dem Formblatt 223 sei von vornherein unzulässig gewesen, weil weder ein ungewöhnlich niedrig noch ein ungewöhnlich hoch erscheinendes Angebot im Raum gestanden habe. Damit habe es bereits an einem Aufklärungsbedarf gefehlt, in dessen Rahmen die Anforderung des Formblatts allein zulässig sei. Selbst wenn die Aufklärung von einzelnen Einheitspreisen ihres Angebots zulässig gewesen sein sollte, so wie sie ebenfalls Gegenstand des Formblatts 3216EU war, habe daneben kein Bedarf für die Forderung nach dem Formblatt 223 mehr bestanden. Dem spezifischen Aufklärungsverlangen sei sie, die Antragstellerin, nachgekommen. Die Aufschlüsselung der Nachunternehmerpreise sei mit dem Formblatt nicht verlangt worden und auch nicht zumutbar gewesen. Die Vergabestelle wies diese Rügen mit Schreiben vom 17. Dezember 2020 zurück.
- 18 Am 18. Dezember 2020 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Südbayern eingereicht. Mit diesem hat sie geltend gemacht, dass das Verlangen nach dem Formblatt 223 von vornherein unzulässig gewesen sei. Auf einen Aufklärungsbedarf infolge eines Abweichens von der eigenen Kostenschätzung könne sich die

Vergabestelle nicht berufen, weil die Auftragswertschätzung nicht bekannt gemacht worden sei. Ein Unterschied von 10 % zur Kostenschätzung indiziere noch kein ungewöhnlich niedriges Angebot, das zu einer Aufklärung berechtige. Da bereits für bestimmte Einheitspreise eine spezifische Aufklärung verlangt worden sei, habe kein zusätzlicher Bedarf für die Forderung nach dem Formblatt 223 bestanden.

- 19 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 20 der Antragsgegnerin aufzugeben, das Angebot der Antragstellerin nicht von der Wertung auszuschließen,
- 21 hilfsweise, die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren in den Stand der Wertung zurückzusetzen.
- 22 Der Freistaat Bayern und - diesem zum 1. Januar 2021 nachfolgend - die Autobahn GmbH des Bundes haben beantragt,
- 23 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
- 24 Der Nachprüfungsantrag sei teilweise unzulässig. Mit ihrer Rüge der Unzumutbarkeit der Aufschlüsselung der Nachunternehmerpreise sowie der Rüge des in der Auftragsbekanntmachung nicht enthaltenen Auftragswerts sei die Antragstellerin bereits präkludiert. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die Antragstellerin habe ein unvollständiges Formblatt 223 vorgelegt, so dass ihr Angebot nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A zwingend auszuschließen gewesen sei. Eine Aufklärung über die Preisgestaltung sei aufgrund fehlender Eintragungen oder unterbliebener Aufgliederung der Kostenpositionen nicht möglich gewesen.
- 25 Mit Beschluss vom 19. Januar 2021 hat die Vergabekammer Südbayern das Nachprüfungsverfahren an die 1. Vergabekammer des Bundes verwiesen, weil seit dem 1. Januar 2021 die Autobahn GmbH des Bundes für die Verwaltung der Bundesautobahnen zuständig sei.
- 26 Vor der 1. Vergabekammer des Bundes hat die Antragstellerin - unter Bezugnahme auf drei konkret benannte Bauvorhaben (Anlagen AS8 - AS12, Anlagenkonvolut BF9) - ergänzend vorgetragen, dass die Vergabestellen des Freistaats Bayern in der Vergangenheit den nachhaltigen Eindruck erweckt hätten, dass den Vorgaben in der Fußnote 2 zum Formblatt 223 nicht zwingend und nicht vollständig nachgekommen werden müsse. Der Vergabestelle sei es daher nach Treu und Glauben verwehrt gewesen, sich ohne Vorankündigung auf den Wortlaut der Fußnote 2 zu berufen und hierauf den Ausschluss der Antragstellerin zu stützen. Zudem hat sie einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dadurch gerügt, dass die Vergabestelle das Angebot der Beigeladenen nicht ausgeschlossen habe, obwohl diese ebenfalls ein nur unzureichend ausgefülltes Formblatt 223 vorgelegt habe. Sie hat bestritten, dass die C. das Formblatt 223 vollständig ausgefüllt hat und dass etwaige angegebene Preise von Nachunternehmern tatsächlich von diesen aufgeschlüsselt worden seien. Ferner hat sie geltend gemacht, dass die von der Antragsgegnerin angenommene Abweichung des Angebots von der Kostenschätzung, deren Wirklichkeitsnähe und Ordnungsmäßigkeit sie bestreite, nicht berücksichtige, dass es mit dem Änderungspaket 1 eine Veränderung des Leistungsverzeichnisses gegeben habe, das zu einer Reduzierung des Angebotspreises der Antragstellerin um 4,3 % geführt habe.

- 27 Die Vergabestelle respektive die Antragsgegnerin haben die von der Antragstellerin behauptete Praxis der bayerischen Vergabestellen zum Formblatt 223 in Abrede gestellt. Auch liege im Vergleich mit der Beigeladenen keine Ungleichbehandlung vor. Zwar sei das Formblatt 223 auch von dieser angefordert worden. Insoweit habe aber kein einen Angebotsausschluss rechtfertigender Aufklärungsbedarf bestanden. Die bei der Preisauflklärung zugrunde gelegte Differenz zwischen dem Angebotspreis der Antragstellerin und der Auftragswertschätzung von mehr als 11 % ergebe sich aus dem angepassten Auftragswert. Mit dem Änderungspaket 1 seien die Ansätze der Auftragswertberechnung angepasst worden.
- 28 Mit Beschluss vom 9. März 2021 hat die 1. Vergabekammer des Bundes den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Das Angebot der Antragstellerin sei von der Antragsgegnerin zu Recht gemäß § 16 EU Nr. 4 VOB/A von der Wertung ausgeschlossen worden, weil es nicht binnen der von der Antragsgegnerin gesetzten Frist vollständig ausgefüllt vorgelegt worden sei. Zum Zeitansatz habe die Antragstellerin im Formblatt 223 überhaupt keine Angaben gemacht. Bei den Preisangaben enthalte das Formblatt in zahlreichen Zeilen lediglich die Angabe "0,00" und damit nicht den Preis, den die Antragstellerin für die jeweilige Leistungsposition tatsächlich verlange. Das betreffe nicht nur Leistungen, die die Antragstellerin an Nachunternehmer vergeben, sondern auch solche, die sie selbst erbringen wolle. Die Antragsgegnerin habe die Preise der Antragstellerin hinterfragen und das Formblatt 223 anfordern dürfen. Weil die Antragstellerin nicht einmal ihre eigenen Preise vollständig aufgeschlüsselt habe, könne dahinstehen, ob ein entsprechendes Verlangen auch hinsichtlich der Preise der Nachunternehmer zulässig sei. An der Forderung des Formblatts 223 sei die Antragsgegnerin auch nicht deshalb gehindert gewesen, weil sie zugleich Aufklärung bezüglich bestimmter Einzelpositionen gefordert habe. Die beiden Aufklärungsverlangen schlossen sich nicht aus, sondern ergänzten sich. Für den Fall, dass die Vergabestellen in Bayern in der Vergangenheit auf eine Aufgliederung der Nachunternehmerpreise entsprechend der Fußnote 2 des Formblatts 223 verzichtet haben sollten, sei ein Vertrauen der Antragstellerin hierauf jedenfalls nicht schutzwürdig. Zudem wäre die Antragstellerin auch einem wiederholten Aufklärungsverlangen der Antragsgegnerin nicht nachgekommen. Ob das Angebot der Beigeladenen wertungsfähig sei, könne dahinstehen, weil jedenfalls das Angebot der C. zuschlagsfähig sei. Fehle r bei der Wertung des Angebots der Beigeladenen verletzen die Antragstellerin damit nicht in ihren Rechten.
- 29 Gegen den ihr am 10. März 2021 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin am 22. März 2021 sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben. Mit dieser rügt sie die Entscheidung der Vergabekammer als fehlerhaft. Das Formblatt 223 sei ein Instrument der Preisprüfung und habe daher von der Antragsgegnerin nicht gefordert werden dürfen, weil ihr - der Antragstellerin - Angebot im Gesamtpreis nicht ungewöhnlich niedrig gewesen sei. Die Aufgreifschwelle sei nicht erreicht. Eine Prüfung ihres Angebots nach § 16d EU Abs. 1 VOB/A sei nicht zu rechtfertigen. Die Kostenschätzung der Antragsgegnerin könne nicht Maßstab der Preisprüfung sein, weil diese es unterlassen habe, die geschätzten Kosten bekanntzumachen. Neben der spezifischen Aufklärung einzelner Positionen habe kein Bedürfnis für die Nachforderung des Formblatts 223 bestanden. Die Aufschlüsselung von Nachunternehmerleistungen sei unangemessen und unzumutbar. Die Vergabestellen in Bayern hätten die Fußnote 2 des Formblatts 223 bislang nicht wortgetreu gehandhabt, so dass nicht ohne Vorankündigung von der bisherigen Praxis habe abgewichen werden dürfen. Im Übrigen sei

ggf. auch das Angebot der Beigeladenen wegen des nicht vollständig ausgefüllten Formblatts auszuschließen. Es sei davon auszugehen, dass die C. die von ihr angegebenen Nachunternehmerpreise willkürlich aufgegliedert und den Vorgaben aus Fußnote 3 des Formblatts 223 nicht entsprochen habe.

- 30 Die Antragstellerin beantragt,
- 31 1. Der Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 09.03.2021 (Az: VK 1 - 4/21) wird aufgehoben;
- 32 2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Angebot der Antragstellerin nicht von der Wertung auszuschließen;
- 33 3. Hilfsweise: Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Antragstellerin aufzufordern, das Formblatt 223 zu vervollständigen;
- 34 4. Hilfsweise: Das Verfahren wird in den Stand der Prüfung und Wertung der Angebote zurückversetzt. Die Antragsgegnerin hat die Prüfung und Wertung der Angebote erneut unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats durchzuführen.
- 35 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 36 die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 23.03.2021 gegen den Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 09.03.2021 (Aktenzeichen VK 1 - 4/21) wird zurückgewiesen.
- 37 Die Antragsgegnerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens als zutreffend. Die Antragstellerin könne die Nachforderung des Formblatts 223 nicht mehr als vergaberechtswidrig beanstanden, weil sie damit mangels rechtzeitiger Rüge präkludiert sei. Die Nachforderung des Formblatts sei im Übrigen nicht auf die Prüfung der Angemessenheit des Angebotspreises im Sinne von § 16d EU VOB/A beschränkt gewesen. Auch eine etwaige Mischkalkulation habe aufgeklärt werden dürfen. Eine Zuschlagsprätendentin wie die Antragstellerin belaste es nicht unzumutbar, wenn von ihr die preisliche Aufgliederung von Nachunternehmerleistungen verlangt werde. Auf den Vertrauenstatbestand einer abweichenden Praxis in der Vergangenheit könne sich die Antragstellerin ihr gegenüber nicht berufen, weil es sich bei den von ihr angeführten Beispielfällen um andere Vergabestellen gehandelt habe bzw. - mangels Zuschlagschancen der Antragstellerin - kein Anlass bestanden habe, in die Prüfung von Ausschlussgründen einzutreten.
- 38 Die Antragstellerin wendet hiergegen unter anderem ein, dass eine Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB mangels Rechtskenntnis vom Vergaberechtsverstoß zunächst nicht bestanden habe. Hinsichtlich der Prüfung einer etwaigen unzulässigen Mischkalkulation habe die Vergabestelle im Formblatt 3211 ausdrücklich vermerkt, dass in Bezug auf ihr - der Antragstellerin - Angebot keine Mischkalkulation vorliege.
- 39 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze, die Verfahrensakten der Vergabekammern und den Inhalt der elektronischen Vergabeakte Bezug genommen.
- 40 Der Senat hat mit Beschluss vom 31. März 2021 die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde einstweilen verlängert.

II.

41 Der auf § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB gestützte Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde ist gemäß § 173 Abs. 2 Satz 1 GWB abzulehnen. Unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen überwiegen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde die mit einer weiteren Verzögerung verbundenen Vorteile. Dies gilt namentlich bei Berücksichtigung des Interesses der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben der Antragsgegnerin entsprechend § 173 Abs. 2 Satz 2 GWB sowie der in § 173 Abs. 2 Satz 3 GWB genannten Gesichtspunkte, darunter insbesondere der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde. Die sofortige Beschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Sie ist zwar zulässig, aber unbegründet.

1.

42 Bereits die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin ist in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft.

a)

43 Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin sind allerdings weder der Nachprüfungsantrag noch die sofortige Beschwerde gegen die Bundesrepublik Deutschland zu richten. Richtige Antrags- und Beschwerdegegnerin ist seit dem 1. Januar 2021 vielmehr die Autobahn GmbH des Bundes. Zwar trifft es zu, dass die Verwaltung der Bundesautobahnen gemäß Art. 90 Abs. 2 Satz 1 GG in Bundesverwaltung geführt wird. Die Antragsgegnerin verweist auch zutreffend auf eine Änderung der Anordnung über die Vertretung der Bundesrepublik Deutschland im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (VkBf. 2020, 778), in welche inzwischen auch die Autobahn GmbH des Bundes als vertretungsbefugt aufgenommen worden ist. Die aus Sicht des Senats maßgebliche Rechtsquelle sind jedoch nicht die vorgenannten Vorschriften, sondern ist § 10 Abs. 2 Fernstraßen-Überleitungsgesetz (FernstrÜG) vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 1328). Danach tritt die Gesellschaft privaten Rechts im Sinne des Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetzes (InfrGG) zum 1. Januar 2021 im Rahmen der ihr zur Ausführung übertragenen Aufgaben in die Vergabe- und Gerichtsverfahren ein. Nach § 1 Abs. 1 InfrGG überträgt das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Planung, den Bau, den Betrieb, die Erhaltung, die Finanzierung und die vermögensmäßige Verwaltung von Bundesautobahnen, soweit es sich um Aufgaben des Bundes handelt, zur Ausführung auf eine Gesellschaft privaten Rechts. Das ist die am 13. September 2018 gegründete Autobahn GmbH des Bundes, der die vorgenannten Aufgaben auch vollständig übertragen worden sind (siehe Herber, NZV 2021, 57, 60).

44 Die Vorschrift des § 10 Abs. 2 FernstrÜG kann nach Auffassung des Senats nur so verstanden werden, dass die Autobahn GmbH des Bundes anstelle der bisher verfahrensbeteiligten öffentlichen Auftraggeber in die zum 31. Dezember 2020 bereits anhängigen Vergabenachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern beziehungsweise Vergabesenaten eintritt. Bisher verfahrensbeteiligt war hier der Freistaat Bayern. Für einen solchen Eintritt in die Rechtsstellung des gemäß § 162 GWB am Verfahren beteiligten öffentlichen Auftraggebers spricht insbesondere der Wortlaut der Vorschrift. Sollte die Autobahn GmbH des Bundes hingegen nur als vertretungsbefugte Stelle im Verfahren tä-

tig werden, hätte eine andere Regelung, die diese Einschränkung auch sprachlich zum Ausdruck bringt, näher gelegen. Ein Verständnis von der Autobahn GmbH des Bundes als der gemäß § 10 Abs. 2 FernstrÜG seit dem 1. Januar 2021 zuständigen, nach § 162 GWB verfahrensbeteiligten öffentlichen Auftraggeberin steht auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Senats. Danach ist der Landesbetrieb Straßenbau Nordrhein-Westfalen (Straßen.NRW), der für das Land Nordrhein-Westfalen die Aufgaben des Straßenbaulastträgers bei Landesstraßen wahrnimmt und - vormals - kraft Bundesauftragsverwaltung bei Bundesfernstraßen wahrgenommen hat, im Vergabenaachprüfungsverfahren nicht selbst beteiligungsfähig, weil es sich bei ihm um eine rechtlich unselbstständige, nur organisatorisch ausgegliederte Verwaltungseinheit des Landes handelt (vgl. Senatsbeschluss vom 14. September 2009 - VII-Verg 20/09, zitiert nach juris, Tz. 6). Bei der Autobahn GmbH des Bundes handelt es sich demgegenüber um eine selbstständige juristische Person des Privatrechts, welche die Merkmale des § 99 GWB, die einen öffentlichen Auftraggeber kennzeichnen, selbst erfüllt.

- 45 Ob eine andere Betrachtungsweise ggf. dann angezeigt sein könnte, wenn die Autobahn GmbH des Bundes im Einzelfall ausdrücklich nicht Vertragspartner des obsiegenden Bieterunternehmens werden soll, kann dahinstehen. Dafür ist hier weder etwas vorgetragen noch ersichtlich.

b)

- 46 Die angesprochenen Zweifel an der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ergeben sich daraus, dass bislang weder vorgetragen noch ersichtlich ist, dass der für die Statthaf-tigkeit des Antrags gemäß § 106 GWB erforderliche Schwellenwert erreicht oder über-schritten wird. Das Vergabenaachprüfungsverfahren des 4. Teils des GWB ist bei der Ver-gabe von Bauaufträgen derzeit gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. Art. 1 Nr. 1 lit. a) der Delegierten Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission nur eröffnet, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Um-satzsteuer 5.350.000 EUR erreicht oder überschreitet. Dieser Schwellenwert galt bereits zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens. Die ursprüngliche Auftragswert-schätzung der Autobahndirektion R., an deren Vertretbarkeit keine ernsthaften Zwei-fel bestehen, liegt deutlich darunter. Weder im Vorbringen der Verfahrensbeteiligten noch in der elektronischen Vergabeakte findet der Senat bislang Anhaltspunkte, die da-für sprechen, dass von einem höheren, den maßgeblichen Schwellenwert erreichenden oder überschreitenden Auftragswert auszugehen ist.

- 47 Der Rechtsweg zu den Vergabenaachprüfungsinstanzen ist auch nicht etwa deshalb er-öffnet, weil die Vergabestelle in der Auftragsbekanntmachung auf die Vergabekammer Südbayern als Vergabenaachprüfungsinstanz hingewiesen hat. Die Eröffnung des Verga-berechtswegs ist von objektiven Voraussetzungen abhängig, zu denen die Erreichung des Schwellenwerts gemäß § 106 GWB gehört. Sie wird nicht durch die subjektiven Vor-stellungen der Verfahrensbeteiligten bestimmt.

c)

- 48 Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist darüber hinaus zweifelhaft, soweit die An-tragstellerin rügt, dass die Autobahndirektion R. das Formblatt 223 nach Angebotsöff-nung vergaberechtswidrig im Rahmen einer Preisprüfung nachgefordert hat. Mit dieser Rüge könnte die Antragstellerin gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ausgeschlossen sein, weil sie den Vergaberechtsverstoß nicht binnen zehn Kalendertagen nach der An-



forderung des Formblatts mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 20. November 2020, sondern erstmals mit ihrem Rügeschreiben vom 15. Dezember 2020 gerügt hat.

- 49 Nach ständiger Rechtsprechung des Senats wird die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ausgelöst, wenn ein antragstellendes Unternehmen beziehungsweise sein vertretungsberechtigtes Organ eine feststellbare und im Streitfall vom öffentlichen Auftraggeber nachzuweisende positive Kenntnis von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen hat (Senatsbeschlüsse vom 25. März 2020 - VII-Verg 25/19, zitiert nach juris, Tz. 46, vom 15. Januar 2020 - VII-Verg 20/19, zitiert nach juris, Tz. 53, vom 16. Oktober 2019 - VII-Verg 13/19, und vom 12. Juni 2019 - VII-Verg 54/18, zitiert nach juris, Tz. 49). Darüber hinaus müssen das vertretungsberechtigte Organ oder sein Wissens- oder rechtsgeschäftlicher Vertreter aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung zugleich die positive Vorstellung von einem Verstoß gegen Vergabevorschriften gewonnen haben (Senatsbeschlüsse vom 25. März 2020 - VII-Verg 25/19, zitiert nach juris, Tz. 46, vom 15. Januar 2020 - VII-Verg 20/19, zitiert nach juris, Tz. 53, und vom 12. Juni 2019 - VII-Verg 54/18, zitiert nach juris, Tz. 49; OLG Naumburg, Beschluss vom 18. Oktober 2019 - 7 Verg 4/19, zitiert nach juris, Tz. 35), was die Antragstellerin hier für den Zeitpunkt der Anforderung des Formblatts 223 bestreitet. Bloße Vermutungen oder ein Verdacht lösen hingegen keine Rügeobliegenheit aus, Gleiches gilt für grob fahrlässige Unkenntnis (Senatsbeschlüsse vom 25. März 2020 - VII-Verg 25/19, zitiert nach juris, Tz. 46, und vom 16. Februar 2005 - VII-Verg 74/04, zitiert nach juris, Tz. 46). Der Kenntnis ist es nur gleichzustellen, wenn ein Antragsteller in tatsächlicher oder rechtlicher Unkenntnis in einer Weise verharrt, die mit Blick auf das Erkennen eines möglichen Vergaberechtsverstoßes als ein mutwilliges Sich-der-Unkenntnis-Verschließen zu bewerten ist (Senatsbeschlüsse vom 15. Januar 2020 - VII-Verg 20/19, zitiert nach juris, Tz. 53, und vom 12. Juni 2019 - VII-Verg 54/18, zitiert nach juris, Tz. 49). An eine solche Annahme sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen (Senatsbeschluss vom 16. Februar 2005 - VII-Verg 74/04, zitiert nach juris, Tz. 46). Vorliegend könnten sie jedoch erfüllt sein, weil die Antragstellerin das Submissionsergebnis infolge der Regelung des § 14 EU Abs. 6 Satz 1 VOB/A zum Zeitpunkt der Anforderung des Formblatts 223 bereits gekannt haben dürfte und damit wusste, dass der Abstand ihres Angebots zu dem der Beigeladenen nicht groß genug war, um die an die Angebotsdifferenz anknüpfende Aufgreifschwelle für Preisprüfungen zu überschreiten. Die Kenntnis von den Voraussetzungen einer Preisprüfung nach § 16d EU VOB/A gehört auch zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der beteiligten Bieterkreise.

2.

- 50 Die vorstehenden Zulässigkeitsfragen können an dieser Stelle aber dahingestellt bleiben, weil der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet ist.

a)

- 51 Es begegnet keinen vergaberechtlichen Bedenken, dass die Autobahndirektion R. das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen hat. Sie konnte den Ausschluss sowohl auf § 16 EU Nr. 4 VOB/A als auch auf § 15 EU Abs. 2 VOB/A stützen.

aa)

- 52 Dass die Autobahndirektion R. das Angebot der Antragstellerin einer Preisprüfung nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 VOB/A i.V.m. § 15 EU Abs. 1 VOB/A unterzogen hat, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.
- 53 Die Antragstellerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass ein Überschreiten einer Aufgreifschwelle mit dem Preisabstand zwischen ihrem Angebot und dem der Beigeladenen nicht begründet werden konnte. Der Preisabstand zwischen den Angeboten erreichte keine 10 % und damit auch nicht den niedrigeren der insoweit vertretenen Schwellenwerte (vgl. zum Meinungsstand BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16, zitiert nach juris, Tz. 14, m.w.N.), der von Teilen der Rechtsprechung und Literatur bei Bauvergaben für zutreffend gehalten wird und auch im VHB Bayern als maßgeblicher Schwellenwert genannt ist. Allerdings geben die in der Rechtsprechung der Vergabesenate anerkannten Aufgreifschwelle nur Auskunft darüber, wann der öffentliche Auftraggeber zu einer Prüfung der Angemessenheit der Preise verpflichtet ist, sie beantworten nicht die Frage, wann der öffentliche Auftraggeber Preise auch ohne entsprechende Verpflichtung auf ihre Angemessenheit prüfen darf. Überdies ist der preisliche Abstand zwischen Angeboten nicht zwingend der einzige Bezugspunkt für die Entscheidung der Frage, ob in eine Preisprüfung eingetreten werden soll. Anlass für eine Prüfung kann auch eine Abweichung von der eigenen Auftragswertschätzung des öffentlichen Auftraggebers geben (vgl. z.B. Senatsbeschlüsse vom 20. Dezember 2017 - VII-Verg 8/17, zitiert nach juris, Tz. 88, und vom 23. März 2005 - VII-Verg 77/04, zitiert nach juris, Tz. 79 ff.; Lausen, NZBau 2018, 585, 586). Das gilt - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - auch dann, wenn der geschätzte Auftragswert nicht in der Auftragsbekanntmachung genannt ist.
- 54 Da die Preisprüfung in erster Linie dem haushaltsrechtlich begründeten Interesse des öffentlichen Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung dient (siehe BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16, zitiert nach juris, Tz. 21), kann es dem Auftraggeber nicht verwehrt sein, in eine Preisprüfung auch dann einzutreten, wenn zwar eine Aufgreifschwelle nicht erreicht ist, aber das Angebot aus anderen Gründen konkreten Anlass zur Preisprüfung gibt. Entscheidet sich der öffentliche Auftraggeber in einem solchen Fall für eine Preisprüfung, kann diese Entscheidung von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur daraufhin geprüft werden, ob sie gegen das Willkürverbot verstößt. Gemessen daran ist gegen die Entscheidung der Autobahndirektion R., den Angebotspreis der Antragstellerin zu prüfen, nichts zu erinnern. Die Entscheidung war keinesfalls willkürlich. Die Antragsgegnerin beruft sich darauf, dass der Autobahndirektion der Angebotspreis der Antragstellerin unangemessen niedrig erschien und zugleich Anhaltspunkte für eine Mischkalkulation bestanden. Insoweit konnte sich die Autobahndirektion darauf stützen, dass der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis um mehr als 11 % von der Auftragswertschätzung abwich. Bei dieser Berechnung war die Auftragswertschätzung, wie der Vergabeakte entnommen werden kann, bereits an die Veränderung des Leistungsverzeichnisses durch das sog. Änderungspaket 1 angepasst worden. Darüber hinaus wies das Angebot der Antragstellerin, was durch den von der Autobahndirektion erstellten Preisspiegel gut sichtbar war und ist, eine Vielzahl von auffälligen Einzelpreispositionen auf, die auf eine unzulässige Mischkalkulation hindeuten konnten.
- 55 Dagegen kann die Antragstellerin nicht einwenden, die Autobahndirektion R. habe ausweislich der Vergabeunterlagen eine Mischkalkulation in Bezug auf ihr Angebot ausdrücklich verneint. Das trifft nicht zu. Wie sich aus den Eintragungen der Autobahndirektion

tion in das Formblatt 3211 (Blatt 758 der Verfahrensakte der Vergabekammer) ergibt, ist sie in eine Prüfung eingetreten, ob eine unzulässige Mischkalkulation vorliegt, und hat dementsprechend auch gekennzeichnet, dass überhöhte Einheitspreise festgestellt worden sind. Darüber hinaus hat sie in dem Formblatt lediglich das Feld markiert, dass der objektive Nachweis einer vorgenommenen Mischkalkulation nicht erbracht werden konnte. Das ist mit einer Verneinung einer Mischkalkulation nicht gleichzusetzen, zumal die Autobahndirektion die Preisprüfung mangels eines vollständig ausgefüllt vorgelegten Formblatts 223 nicht abschließen konnte.

bb)

- 56 Im Rahmen der Prüfung nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 VOB/A i.V.m. § 15 EU Abs. 1 VOB/A durfte die Autobahndirektion R. auch das Formblatt 223 von der Antragstellerin anfordern, dessen Nachforderung sie sich in den Vergabeunterlagen vorbehalten hatte. Die Nachforderung des Formblatts stand im inhaltlichen Zusammenhang mit der - wie ausgeführt - zulässigen Preisprüfung (vgl. zu diesem notwendigen Zusammenhang OLG Koblenz, Beschluss vom 19. Januar 2015 - 1 Verg 6/14, zitiert nach juris, Tz. 68 f.).
- 57 Der Nachforderung stand entgegen der Ansicht der Antragstellerin auch nicht entgegen, dass die Autobahndirektion sie mit dem Nachforderungs- und Aufklärungsschreiben vom 20. November 2020 zugleich aufforderte, sich zu bestimmten Einzelpreispositionen näher zu erklären. Dieses Vorgehen war weder willkürlich noch widersprüchlich, sondern sollte, wie sich aus dem in der Vergabeakte enthaltenen Vermerk vom 19. November 2020 ergibt, lediglich der Verfahrensbeschleunigung dienen. Das Formblatt 223 ist ein Instrument der Preisprüfung, das einer ersten Prüfung der Preise dient, und mit Hilfe dessen die Entscheidung getroffen werden soll, ob die Preise noch weiter aufzuklären sind (siehe OLG Koblenz, Beschluss vom 19. Januar 2015 - 1 Verg 6/14, zitiert nach juris, Tz. 68; Frister, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 7. Aufl., § 16d VOB/A Rn. 3). Nichts spricht dagegen, Einzelschritte der Preisprüfung, die sonst ggf. sukzessive ablaufen, aus Beschleunigungsgründen miteinander zu kombinieren, wenn dies im Einzelfall sinnvoll erscheint.
- 58 Wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat, bestehen hier nach den Umständen des Falles auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die von der Autobahndirektion gesetzte Vorlagefrist für das Formblatt 223 nicht mehr angemessen im Sinne von § 16 EU Nr. 4 Satz 1 VOB/A gewesen sein könnte (vgl. zur angemessenen Fristsetzung auch Senatsbeschluss vom 27. März 2017 - VII-Verg 54/16, zitiert nach juris, Tz. 51). Dies macht auch die Antragstellerin nicht geltend, die die Frist nicht einmal vollständig ausgeschöpft hat. Daher kann dahinstehen, ob sie mit einer entsprechenden Rüge nicht ohnehin nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ausgeschlossen wäre.

cc)

- 59 Weil die Antragstellerin das zulässigerweise nachgeforderte Formblatt 223 binnen der ihr gesetzten Frist nur unvollständig ausgefüllt vorgelegt hat, war ihr Angebot sowohl nach § 16 EU Nr. 4 Satz 1 VOB/A als auch nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A auszuschließen. Wie sich aus dem Wortlaut und Sinn und Zweck der Vorschriften ergibt, ist ein Angebot auszuschließen, wenn ein Bieter die geforderten Angaben bzw. Erklärungen und Nachweise nicht vorlegt. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn sie physisch in Gänze fehlen, sondern

auch, wenn sie - wie hier - inhaltlich unvollständig sind, weil die in einem Formblatt vorzunehmenden Eintragungen vom Bieter nicht vorgenommen worden sind.

- 60 Ob in Anlehnung an den in § 16a EU Abs. 2 Satz 3 VOB/A enthaltenen Rechtsgedanken unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall anderes gelten kann, wenn es sich nur um eine kleine Lücke in den Eintragungen handelt, bedarf hier keiner Entscheidung, weil die Spalte "Zeitansatz" im Formblatt 223 vollständig unausgefüllt geblieben ist und die Antragstellerin darüber hinaus bei zahlreichen Einzelpositionen eine Aufschlüsselung der Preise unterlassen hat.
- 61 Dass es der Antragstellerin, wie sie meint, schon grundsätzlich nicht zugemutet werden konnte, die Preise der Leistungspositionen aufzuschlüsseln, die von Nachunternehmern erbracht werden, sieht der Senat nicht. Die Antragstellerin war zum Zeitpunkt der Nachforderung des Formblatts 223 nicht nur Zuschlagsprätendentin, sondern auch unbestritten in der Lage, sämtliche ihrer Nachunternehmer zu benennen. Dass diese ausdrücklich erklärt hätten, zu einer Aufschlüsselung ihrer Preise nicht bereit zu sein, hat sie nicht dargetan.
- 62 Im Übrigen kommt es auf die Zumutbarkeit der Aufschlüsselung der Preise der auf die Nachunternehmerleistungen entfallenden Positionen des Leistungsverzeichnisses auch gar nicht entscheidend an. Für die von der Antragstellerin angegriffene Entscheidung der Vergabekammer war richtigerweise tragend, dass die Antragstellerin auch die Leistungspositionen, die sie nicht an Nachunternehmer vergeben wollte, im Formblatt 223 preislich nicht vollständig aufgeschlüsselt hat. Hiermit setzt sich die sofortige Beschwerde überhaupt nicht auseinander.
- b)
- 63 Dem Angebotsausschluss steht auch nicht der Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB entgegen. Zwar gilt dieser Rechtsgrundsatz auch im Vergaberecht und hat der Senat in der Vergangenheit entschieden, dass ein öffentlicher Auftraggeber gehindert ist, eine bisherige Verwaltungspraxis, auf die sich die Bieter eingestellt und auf die sie vertraut haben, ohne rechtzeitige und deutliche Vorankündigung zu ändern (vgl. Senatsbeschlüsse vom 23. Juli 2003 - VII-Verg 24/03, zitiert nach juris, Tz. 6, und vom 28. Mai 2003 - VII-Verg 8/03, zitiert nach juris, Tz. 8). Die damit verbundenen Rechtsfragen bedürfen hier aber schon deshalb keiner Vertiefung, weil die Antragstellerin keine ausreichenden Anknüpfungstatsachen für die von ihr behauptete - vergaberechtswidrige - Verwaltungspraxis der Autobahndirektion R. vorgetragen hat. Von den drei von ihr insoweit in Bezug genommenen Vergabeverfahren ist nur eines von der Autobahndirektion R. durchgeführt worden. Im Übrigen handelte es sich um andere Vergabestellen, darunter eine Kommune. In dem einen von der Autobahndirektion R. durchgeführten Vergabeverfahren, auf das sich die Antragstellerin bezieht, bestand für die Autobahndirektion kein Anlass, einen Ausschluss des Angebots der Antragstellerin zu prüfen, weil dieses aus einem anderen Grund nicht für den Zuschlag in Betracht kam. Die Antragstellerin war nicht Bestbieterin.
- c)
- 64 Dahingestellt bleiben kann schließlich, ob die Antragsgegnerin - was nicht zweifelsfrei ist - der Beigeladenen den Zuschlag erteilen darf. Gestützt auf § 97 Abs. 6 GWB kann die Antragstellerin, wie die Vergabekammer zutreffend entschieden hat, nicht verlangen,

dass stattdessen die C. (oder eines der weiteren Bieterunternehmen) den Zuschlag erhält. Die C. hat - wovon sich der Senat überzeugt hat - das Formblatt 223 auf das Verlangen der Autobahndirektion R. vollständig ausgefüllt nachgereicht. Damit steht jedenfalls ein Unternehmen zur Verfügung, dem der Zuschlag erteilt werden könnte. Soweit die Antragstellerin behauptet, dass das Angebot der C. nicht zuschlagsfähig sei, weil deren Eintragungen im Formblatt 223 inhaltlich unrichtig seien, handelt es sich um Behauptungen ins Blaue hinein, die im Vergabenausschreibungsverfahren unzulässig sind (siehe Senatsbeschluss vom 29. Juni 2017 - VII-Verg 7/17, zitiert nach juris, Tz. 43). Zu einer amtswegigen Prüfung geben sie keinen Anlass. Die Antragsgegnerin hat die Unrichtigkeit der Eintragungen auch nicht etwa zugestanden.