

OLG Schleswig

Beschluss

vom 08.02.2024

54 Verg 7/23

GWB § 99 Nr. 2, 4

1. Eine Handwerkskammer ist zwar eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, aber kein öffentlicher Auftraggeber i. S. des § 99 Nr. 2 GWB, da sie keiner qualifizierten staatlichen Einflussnahmemöglichkeit unterliegt.
2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung der "überwiegenden Subventionierung" i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB ist der Zeitpunkt der Ausschreibung. Auf spätere Auszahlungen kommt es nicht an.

OLG Schleswig, Beschluss vom 08.02.2024 - 54 Verg 7/23

vorhergehend:

*OLG Schleswig, 24.11.2023 - 54 Verg 7/23*

*VK Schleswig-Holstein, 29.09.2023 - VK-SH 13/23*

In Sachen

(...)

hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ### als Vorsitzendem und den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ### und den Richter am Oberlandesgericht ### aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 08.02.2024

**beschlossen:**

Die sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Antrag auf weitergehende Akteneinsicht in die Vergabeakten wird zurückgewiesen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.

**Gründe**

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom ... im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (###) "Planungsleistungen für Baugrund und Wasserhaltung" im Offenen

Verfahren aus. Diese Bezeichnung findet sich unter II. 1.4) und II.2.4) der EU- Bekanntmachung. Als Bezeichnung des Auftrags ist unter 11.1.1) Bezeichnung des Auftrags "###" angegeben.

Als zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren ist in der EU-Bekanntmachung die Antragsgegnerin selbst benannt.

Die Laufzeit des Vertrages ist mit 01.08.2023 bis 30.08.2026 angegeben. Der Preis ist das einzige Zuschlagskriterium.

Als geschätzter Gesamtwert für den Auftrag ist in der EU-Bekanntmachung 76.000 EUR ohne Mehrwertsteuer angegeben.

Unter III.1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit werden als Eignungskriterien benannt:

"*Als Eigenerklärung sind vorzulegen:*

*- Angaben zu den für die Ausführung der Leistung zur Verfügung stehenden Arbeitskräften - Ausführung von Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind."*

Das Leistungsverzeichnis enthält in der Position 1.11 folgende Formulierung:

*"Probeentnahme von Aushubböden durch einen akkreditierten Probeentnehmer auf dem ###, incl. An- und Abfahrten im Zuge der Erdarbeiten."*

Teil der Vergabeunterlagen war das Dokument "### der ### Vorplanung (LPH 2) "kleiner" ## mit reduziertem IRP Baubeschreibung zur Vorplanung (LPH 2) Stand: 15.03.2023 (VORABZUG)"

Sowohl Antragstellerin als auch Beigedadene gaben ein Angebot ab. Die Antragstellerin gab das günstigste Angebot ab und war zunächst für den Zuschlag vorgesehen. Am 29.06.2023 wurde die Antragstellerin gebeten, einen geeigneten Nachweis zur Akkreditierung hinsichtlich des Punktes 1.11 des Leistungsverzeichnisses zu übersenden. In der Folge legte die Antragstellerin bis zum 30.06.2023 Urkunden vor.

Mit E-Mail vom selben Tag forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin erneut zur Übersendung einer Akkreditierungsurkunde auf. Die Antragstellerin übersandte sodann eine Akkreditierung für das Labor und führte zu den Anforderungen an die Probeentnahme nach § 8 Satz 1 der Ersatzbaustoffverordnung aus. Mit E-Mail vom 03.07.2023 wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass eine Akkreditierung für die Probeentnahme bislang nicht vorgelegt worden, diese ab dem 01.08.2023 jedoch zwingend erforderlich sei. Mit E-Mail vom selben Tag fragte die Antragstellerin nach, um welche Akkreditierung es sich handele. Die Akkreditierung nach DIN EN ISO 17 020 und 17 025 werde unter gewissen Umständen in dem novellierten Bundesbodenschutzgesetz abgefragt, für die in Position 1.12/1:13 bzw. für die entsprechende Probenahme Pos. 1.11 zu erbringende Leistung sei keine Akkreditierung vorzulegen. Grundlage für die Probeentnahme für die ordnungsgemäßen Abfalluntersuchungen sei in Deutschland die LAGA PN 98. Es würden für die abgefragten Leistungen alle formalen und technischen Voraussetzungen erfüllt. Am 13.07.2023 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass das Angebot der Antragstellerin im weiteren Verfahren keine Berücksichtigung finden werde.

Aufgrund der Korrespondenz werde davon ausgegangen, dass die Antragstellerin die Voraussetzung eines akkreditierten Probenehmers nicht erfülle. Eine Beauftragung eines Unternehmens ohne die geforderte Akkreditierung würde ein Abweichen von den festgelegten Kriterien und eine Benachteiligung potentieller Bieter, die in Kenntnis der Anforderung von einer Abgabe eines Angebots abgesehen haben, bedeuten. Die Antragstellerin wandte sich am selben Tag gegen die Entscheidung der Antragsgegnerin. Es sei ihr keine für die abgefragte Leistung notwendige Akkreditierung bekannt, die Antragsgegnerin möge diese benennen. Die am 01.08.2023 in Kraft getretene BBodSchV n.F. enthalte Übergangsregelungen bis zum 01.08.2028. Bei Abgabe des Angebots sei es nicht notwendig erschienen, den intransparent genannten Begriff "Akkreditierung" aufzuklären, da die Antragstellerin darauf vertraut habe, dass sich die Antragsgegnerin nur auf die Einhaltung der geltenden Rechts- und Normlage berufe. Mit Schreiben vom 18.07.2023 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie bei ihrer Entscheidung bleibe. Die Entscheidung der Fachabteilung hinsichtlich der Anforderungen an die Probenahme beruhe ungeachtet gesetzlicher Vorgaben auf einer sorgfältigen Einschätzung.

Aufgrund besonderer Umstände zur Bodenbeschaffenheit im Bereich der geplanten Baumaßnahme werde die Probenahme durch einen akkreditierten Probenehmer für erforderlich gehalten. Die BBodSchV stehe dem nicht entgegen. Spätestens ab dem 01.08.2028 sei die Probenahme von einem akkreditierten Probenehmer durchzuführen. Der Antragsgegnerin sei es unbenommen, bereits vorher die Akkreditierung des Probenehmers zu fordern. Der Wortlaut des Leistungsverzeichnisses sei eindeutig gewesen und lasse kein abweichendes Verständnis zu. Einem interessierten Ingenieurbüro sei spätestens seit Bekanntwerden der Neufassung der BBodSchV der Begriff der Akkreditierung bekannt. Die Antragstellerin habe auch Aufklärungsfragen stellen können. Ein Abweichen von dem selbst aufgestellten Leistungsverzeichnis würde einen Vergabeverstoß darstellen. Vorsorglich werde darauf hingewiesen, dass die Antragsgegnerin nicht als Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB anzusehen sei.

Am 28.07.2023 stellte die Antragstellerin bei der Vergabekammer Schleswig-Holstein einen Nachprüfungsantrag, der am selben Tag an die Antragsgegnerin übermittelt wurde.

Am 16.08.2023 erteilte die Vergabekammer Schleswig-Holstein einen rechtlichen Hinweis, in dem sie ihre vorläufige Einschätzung mitteilte, dass die Antragsgegnerin - jedenfalls derzeit noch - kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB sei.

Nach dem rechtlichen Hinweis der Vergabekammer erteilte die Antragsgegnerin der Beigeladenen den Zuschlag. Die Vergabekammer teilte Antragsgegnerin und Beigeladener mit, dass eine etwaige Zuschlagserteilung nichtig sei, da sie gegen das gesetzliche Zuschlagsverbot verstößen würde.

Die Antragstellerin trat der vorläufigen Bewertung der Vergabekammer zur fehlenden Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin entgegen. Die Antragstellerin meint, die Antragsgegnerin sei öffentlicher Auftraggeber, jedenfalls ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 4 GWB. Das Projekt # ## der # ## habe eine geschätzte Bausumme von jedenfalls über 90 Millionen EUR und werde nach Kenntnismöglichkeiten der Antragstellerin überwiegend mit Mitteln des Landes und weiterhin aus Mitteln des Bundes finanziert. Derzeit würden 59 Millionen EUR für das Vorhaben aus Landesmitteln stammen, dies habe das Finanzministerium Schleswig-

Holstein zum Haushalt 2023 am 13.12.2022 mitgeteilt. Allein die Finanzierungsabsicht sei maßgeblich für die Frage, ob die Antragsgegnerin Auftraggeberin nach § 99 Nr. 4 GWB sei. Abzustellen sei dabei auf den Begriff der Subventionen. Dies umfasse auch Sachleistungen, Garantien, Bürgschaften und Darlehen, aber auch Entbindung von einer Leistungspflicht oder Belastungsminderung. Es komme nicht darauf an, ob ein Fördermittelantrag bereits vorliege oder gestellt worden sei, entscheidend sei allein, in welcher Höhe der Auftraggeber mit Subventionen zum Zeitpunkt der Ausschreibung bei seiner Gesamtkalkulation rechne. Mangels Förderbescheid müsse auf andere Kalkulationsüberlegungen zurückgegriffen werden, insbesondere auch auf die öffentlichen Pressemitteilungen von Land und Bund. Bereits mit der ersten Ausschreibung zu einem Vorhaben müsse feststehen, ob der Auftraggeber öffentlicher Auftraggeber sei. Es komme darauf an, ob die Antragsgegnerin mit einer Subvention von mehr als 50 % rechne. Dies sei nicht im Sinne einer sicheren Erwartung einer Förderung, sondern schlicht als mathematische Kostenberechnung zu verstehen. Zur Planung und Realisierung des Projekts würden auch zahlreiche Ingenieurleistungen benötigt. Dies ergebe sich aus der Baubeschreibung zur Vorplanung der ### vom .... Die Gesamtheit aller Lose habe die Antragsgegnerin auf 22,84 Mio. EUR geschätzt. Die Überschreitung des EU-Schwellenwertes ergebe sich auch aus dem Vergabevermerk im Rahmen der Erläuterung der Vergabeart. Die ausgeschriebene Leistung sei auch nicht dem 20 % Kontingent des § 3 Abs. 9 VgV zugeordnet worden. Die hier ausgeschriebene Planungsleistung für Baugrund und Wasserhaltung des ### stehe mit Tiefbaumaßnahmen und vor allem mit Schulgebäuden in Verbindung. Eine zeitlich dem endgültigen Fördermittelbescheid vorangehende Beauftragung der Planung sei der Normalfall, schon allein deshalb, weil ein großer Teil der Planungsleistungen bereits erbracht sein müsse, bevor die notwendige EW-Bau erstellt werden könne. Auf sichere Fördermittel könne es auch bereits deshalb nicht ankommen, da diese unter dem Vorbehalt der Verwendungsnachweisprüfung stehe, also erst am Ende der Bauphase realisiert werde. Aus den Nebenbestimmungen eines vorläufigen Zuwendungsbescheides ergebe sich, dass Planungslose auch vor Erhalt des endgültigen Fördermittelbescheides für das Gesamtvorhaben nach dem 4. Teil des GWB auszuschreiben seien. Der Bescheid müsse ansonsten in Bezug auf die Planungsleistungen gleich wieder aufgehoben werden. Auch die Entscheidung der VK Südbayern zeige, dass es nicht darauf ankomme, ob Fördermittel wirklich sicher seien. Vorliegend habe die Antragsgegnerin sogar bereits Kontakt mit den Fördermittelgebern gehabt, es seien bereits konkrete Summen in Haushalten bereitgestellt worden.

Die Antragsgegnerin habe bei ihrer Gesamtkalkulation für das Vorhaben mit Subventionen in Höhe von mehr als 50 % gerechnet. Hätte die Antragsgegnerin keinerlei qualifizierte Vorstellung über eine künftige Förderung, liege keine Vergabereife vor und die Ausschreibung dürfe gar nicht erfolgen. Die Antragsgegnerin habe selbst erklärt, dass sie das Vorhaben ohne überwiegende Förderung nicht finanzieren könne. Die Antragsgegnerin habe 2019 ihr Budget mit 23 Mio. EUR genannt. Die Beteiligung des Landes habe seinerzeit 38 Mio. EUR, die des Bundes 31. Mio. EUR betragen. Nach Baukostensteigerung habe sich die Antragsgegnerin das Projekt nicht mehr leisten können und weitere Landesmittel beantragen müssen. Ausreichend Fördermittel für die "große Variante" habe es nicht gegeben, für die kleine Variante stünden aber bereits mit den Landesmitteln in Höhe von 59 Mio. EUR mehr als die Hälfte der 90 Mio. EUR zur Verfügung. Fehle es an einer Dokumentation, aus der sich ergebe, warum die Antragsgegnerin trotz angeblich öffentlich geäußerten Fehlens einer anderen Finanzierungsmöglichkeit von weniger als 50 % ausgehen solle, dürfe das jedenfalls nicht der Antragstellerseite zur Last fallen. Es seien dann öffentlich bekannte Informationen wie Presserklärungen heranzuziehen. Soweit die

Antragsgegnerin vortrage, auch die kleine Variante koste mittlerweile 130 Mio. EUR, müsse die Antragsgegnerin bei gleichbleibender Eigenbeteiligung von einer noch höheren Subvention ausgehen. Es fehle diesbezüglich aber auch an einer substantiierten Schätzung der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin sei zudem auch öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB. Die Eingriffsmöglichkeit des Staates beziehe sich bei der Antragsgegnerin nicht nur auf eine klassische Rechtsaufsicht. Darüber hinaus gebe es vielmehr weitgehende Genehmigungserfordernisse bei Bezirksänderungs- und Auflösungsrechten. Der Schwellenwert für Dienstleistungen sei überschritten. Gleichartige Leistungen seien zu addieren. Die Antragstellerin sei ein Planungsbüro mit besonderer Kompetenz im Bereich der Geotechnik und anspruchsvollem Erd-, Straßen-, Leitungs- und Deponiebau. In dem Dokument "Aufforderung zur Abgabe eines Angebots" seien die für das Verfahren relevanten Unterlagen benannt. Weder dort noch in der Bekanntmachung werde die Akkreditierung als Eignungsvoraussetzung oder eine abzugebende Akkreditierungsurkunde als Nachweis genannt. Der Ausschluss wegen eines nicht aufgestellten Eignungskriteriums verstöße gegen § 57 Abs. 1 VgV gegen § 122 Abs. 4 GWB sowie gegen das Transparenzprinzip aus § 97 Abs. 1 S. 1 GWB. Das Eignungskriterium sei nicht wirksam aufgestellt und auch nicht verhältnismäßig. Die Antragsgegnerin habe - unabhängig davon, dass das Eignungskriterium nicht wirksam gefordert wurde - auch nicht wirksam nachgefordert. Eine Information nach § 134 GWB habe sie bislang nicht erhalten. Der gewährte Umfang der Akteneinsicht sei rechtswidrig. Die Antragstellerin habe aus § 165 Abs. 1 GWB einen Anspruch auf Kenntnisnahme der vollständigen Dokumentation der Vergabeakte. Bei den Schwärzungen handele es sich nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Den Schätzwert des eigenen Loses kenne die Antragstellerin, ebenso die Planungskosten insgesamt, die sich aus Seite 120 der Baubeschreibung ergebe. Die Korrespondenz der Antragsgegnerin mit Fördermittelgebern sei unvollständig. Wenigstens die hätte aber übermittelt werden müssen, wenn sich die Antragsgegnerin darauf berufe, nicht mit Fördermitteln zu rechnen. Besonders schwerwiegend sei, dass die Antragstellerin keinen Vermerk erhalten habe, indem die Antragsgegnerin prüfe, ob sie öffentliche Auftraggeberin nach § 99 Nr. 4 GWB sei, denn es komme hierbei auf die Vorstellung der Antragsgegnerin an. Besonders schwer wiege weiter, dass keinerlei Akteninhalt zu der relevanten Frage der Aufstellung der Eignungskriterien übermittelt worden sei.

Die Antragstellerin hat bei der Vergabekammer beantragt:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren "Vergabe Planungsleistungen für Baugrund und Wasserhaltung - Maßnahme ### der ###, unter der Vergabenummer ###, bekanntgemacht im EU-Amtsblatt unter der Nummer ###" unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor Prüfung der Eignung, hilfsweise vor Prüfung der Angebote, höchst hilfsweise vor Bekanntmachung, zurückzuversetzen.
2. Hilfsweise wird festgestellt, dass der Ausschluss der Antragstellerin rechtswidrig war.

Die Antragsgegnerin hat bei der Vergabekammer beantragt,

den Nachprüfungsantrag zu verwerfen.

Die Antragsgegnerin sei im vorliegenden Verfahren weder ein öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB noch nach § 99 Nr. 4 GWB. Es handele sich zwar um eine Maßnahme nach § 99 Nr. 4 GWB, eine Subventionierung von mehr als 50 % liege jedoch nicht vor. Zu der Maßnahme liege

weder ein Förderbescheid noch ein Förderantrag vor. Zwar sei für die Zukunft geplant, das Vorhaben mit Bundes- und Landesmitteln zu finanzieren, die Planung werde aber aufgrund der Baupreisseigerungen derzeit verhandelt. Hierzu sei eine Task-Force gebildet worden, eine Entscheidung über die Finanzierung und entsprechende Finanzierungsanteile sei aber noch nicht getroffen. Sollte sich eine Finanzierungsmöglichkeit ergeben, sei noch die Entscheidung der Vollversammlung der Antragsgegnerin erforderlich, um das Projekt zu beginnen und einen Förderantrag zu stellen. Ohne eine Finanzierung erfahre das Projekt ### keine Realisierung. Die Antragsgegnerin fühle sich jedoch aus Gründen der geplanten und erhofften Finanzierung des Projekts in Abstimmung mit den potentiellen Fördermittelgebern und aus den gegebenen eigenen Vergabeleitfäden an die Einhaltung des Vergaberechts gebunden. Aus der Selbstbindung könne aber keine Zuständigkeit der Vergabekammer folgen. Die Finanzierung des Projekts werde intensiv diskutiert, es lägen bislang lediglich Absichtserklärungen vor. Die Antragsgegnerin sehe sich trotz der Unklarheit darüber, ob das Projekt überhaupt und wenn ja in welchem Umfang realisiert werde, aufgrund des schlechten Zustands der vorhandenen Bildungsstätten zur weiteren Planung gezwungen, um einen Zeitverlust zu vermeiden.

Bei der Antragsgegnerin handele es sich auch nicht um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB. Es werde insoweit auf die Ausführungen der VK Bund (Beschluss vom 22.08.2018 - VK 1-77/18) sowie des EuGH (EuGH, Urteil vom 12.09.2013 - Rs. C-526/11) verwiesen.

Die Antragsgegnerin habe auf die Unzuständigkeit der Vergabekammer zuletzt im Schreiben vom 18.07.2023 hingewiesen, sie habe auch zu keinem Zeitpunkt den Anschein der Zuständigkeit der Vergabekammer erweckt. Die Wahl des Vergabeverfahrens sei anhand der geschätzten Summe aller Planungsleistungen für das gesamte Projekt erfolgt.

Aus der von der Vergabekammer angeforderten Historie zum Bauvorhaben und seiner Finanzierung ergebe sich:

Die Berufsbildungsstätten in ### und ### hätten in den Jahren 2012 und 2013 modernisiert werden sollen. Die Handwerkskammer sei dabei noch von Gesamtkosten in einem einstelligen Millionenbereich ausgegangen. Ein Gutachten habe empfohlen, einen Variantenvergleich zwischen Modernisierung und Neubau vorzunehmen. Dieses habe mit einer Neubauempfehlung geendet und ein Gesamtvolumen, Stand 2017, von 86,2 Mio. EUR prognostiziert. Ein weiteres Gutachten habe ebenfalls für den Neubau plädiert. In Folge dessen sei ein Architektenwettbewerb vorbereitet worden, dessen Ergebnis seit 2019 vorliege. Der Preisträger habe den Auftrag zunächst für die ersten vier Leistungsphasen erhalten. Anfang 2020 habe sich herausgestellt, dass die geschätzten Baukosten nicht zu halten seien. Die Planungen wurden daher vorübergehend eingestellt und Einsparoptionen erwogen. Im September 2021 habe die Antragsgegnerin entschieden, zweigleisig weiterzuarbeiten. Die "kleine Lösung" befindet sich derzeit in der Entwurfsplanung. Der Rahmenterminplan sehe den Beginn Ende 2025 vor, stehe jedoch unter einem Finanzierungsvorbehalt. Die zu Beginn des Jahres 2022 eingesetzte Task Force verfolge einen anderen planerischen Ansatz zur Realisierung der "großen Lösung" zum ### mit einer Verteilung des Raumprogramms vor. Es stehe hierzu noch eine Machbarkeitsstudie aus. Angesichts von aktuell geschätzten 130 Mio. EUR für den kleinen ### und 200 Mio. EUR für den großen ### sei die Antragsgegnerin auf staatliche Zuwendungen angewiesen. Die bisher beauftragten und die im Mai 2023 ausgeschriebenen Planungsleistungen würden zu 100 % von der Antragsgegnerin

finanziert. Erst mit Zuwendungsbescheid bestehe die Möglichkeit, dass die Planungsleistungen rückwirkend anteilig bezuschusst würden. Das ursprüngliche konkrete Vorhaben bestehe schon lange nicht mehr. Die Antragsgegnerin könne nach derzeitigem Stand nicht einmal vortragen, welchen Inhalt ein Fördermittelantrag haben könne. Die Zuständigkeit der Vergabekammer würde von einem ungewissen und in der Zukunft liegenden Ereignis abhängen. Eine Zusage bezüglich der kleinen Lösung zu deutlich höheren Kosten als die damalige große Lösung sei vor dem Hintergrund der Auskunft des Wirtschaftsministeriums und der Task Force zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Vergabe unwahrscheinlich. Mittlerweile werde für die sogenannte "kleine Lösung" als Gesamtkalkulation eine aktuelle Schätzung von 130 Mio. EUR ausgewiesen, die in Aussicht gestellte Landesförderung von 59 Mio. EUR läge damit unter 50 %. Eine weitergehende Förderung sei der Antragsgegnerin nicht in Aussicht gestellt worden. Laut Ausführungen des damaligen Wirtschaftsministers Dr. # ## verlöre die Antragsgegnerin bei der kleinen Lösung zudem nahezu alle in Aussicht gestellten Fördermittelansprüche. Die Antragsgegnerin könne daher auch nicht mit einer bestimmten Höhe an Fördermitteln oder Subventionen rechnen. Eine Realisierungsmöglichkeit ergebe sich derzeit weder für die kleine noch für die derzeitige große Lösung. Verwertbare und in die Planung eines konkreten Projekts eingehende Auskünfte aus der Task Force lägen derzeit nicht vor. Die Realisierung und Art der Realisierung liege nicht mehr in der alleinigen Entscheidungsbefugnis der Antragsgegnerin. Es sei derzeit unklar, ob und gegebenenfalls für welches Projekt ein Fördermittelantrag gestellt werde.

Die Vergabereife für die Planungsleistungen liege unabhängig vom Gesamtvorhaben vor. Die Eigenfinanzierung liege im Risikobereich der Antragsgegnerin, diese sei auch gesichert. Es handele sich vorliegend um eine Einzelvergabe losgelöst von einem konkreten Umsetzungsziel, so dass schon fraglich sei, ob überhaupt eine Addition mit weiteren, hypothetischen Planungsleistungen zu erfolgen habe. Bei einer grundsätzlichen Änderung der Entwurfsplanung durch die Task-Force werde für die Planungsleistungen der Antragsgegnerin keine Förderung erfolgen. Bei einer Realisierungsmöglichkeit einer Bildungsstätte in der derzeit von der Antragsgegnerin angenommenen Form, werde der Zuwendungsgeber über die Rechtsfolge etwaiger Vergabeverstöße entscheiden. Der Nachprüfungsantrag sei in der Sache unzulässig, da die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen auch präkludiert sei. Das Leistungsverzeichnis umfasse auf zwei DIN A4 Seiten lediglich 14 Positionen. Zu zwei Positionen unmittelbar nach der streitgegenständlichen Position habe die Antragstellerin Aufklärungsfragen gestellt. Die Anforderung der Position 1.11 sei für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter erkennbar gewesen, insbesondere nach der Sensibilisierung durch die Neufassung der BBodSchV vom 9. Juli 2021. Die Antragstellerin habe den Punkt sogar aktiv zur Kenntnis genommen. Dies ergebe sich aus der Formulierung im Schreiben vom 13.07.2023, in dem sie ausführe, es sei nicht notwendig erschienen, bei Abgabe des Angebots den im Leistungsverzeichnis intransparent genannten Begriff "Akkreditierung" aufzuklären, da darauf vertraut worden sei, dass sich die Antragsgegnerin nur auf die Einhaltung der geltenden Rechtslage berufe. Ein Vertrauen auf eine selbst gesetzte Annahme sei nicht vom Vergaberechtsschutz umfasst. Die Antragstellerin besitze keine Akkreditierung. Die Akkreditierungen von Unternehmen seien öffentlich einsehbar, die Vorlage als Nachweis daher nicht gefordert. Die Aufforderung zur Stellungnahme sei daher auch keine Nachforderung gewesen, sondern lediglich die Möglichkeit den sich aus der Einsichtnahme in die Datenbank ergebenden Verdacht zu entkräften, etwa indem vorgetragen werde, dass die Akkreditierung unmittelbar bevorstehe.

Auch im Falle einer Wiederholung würde die Antragstellerin, dann bei der Bieterziehung,

ausscheiden. Werde die Akkreditierung als Beschaffungsvereinbarung angesehen, wäre das Angebot der Antragstellerin unrichtig gewesen. Eine Benennung der Kapazitäten anderer Unternehmen sei im Angebot der Antragstellerin nicht erfolgt. Die Verhältnismäßigkeit der Selbstausführung könne den schwierigen Bodenverhältnissen entnommen werden. Die Möglichkeit zur Stellungnahme sei daher auch keine Nachforderung gewesen. Das Leistungsverzeichnis sei von der zuständigen Fachabteilung erstellt worden. Es habe in der Vergangenheit verschiedene Gutachten über die Bodenbeschaffenheit mit zum Teil erheblich divergierender Ergebnisse gegeben. Auch im Bereich der Feststellung des Grundwasserstandes habe es Probleme gegeben. Die konkrete Verwendung des Grundstücks sei aufgrund der noch nicht sicheren Finanzierung zudem völlig unklar. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens wäre jedenfalls unverhältnismäßig.

Das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen ist mit Beschluss der Vergabekammer vom 30.08.2023 beigeladen worden. Die Beigeladene beabsichtigte keine eigenen Anträge zu stellen.

In der mündlichen Verhandlung am 25.09.2023 haben die Verfahrensbeteiligten zur Sach- und Rechtslage wiederholend und vertiefend ausgeführt.

Die Antragstellerin hat zunächst im Hinblick auf die behauptete Einordnung der Handwerkskammer als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 4 GWB darauf verwiesen, dass für das Projekt laut öffentlicher Aussagen der Antragsgegnerin sowohl Förderungen aus Mitteln des Landes sowie des Bundes vorgesehen seien. Gegenstand der Ausschreibung sei ein Projekt in Höhe von 90 Mio. EUR. Allein die Landesförderung würde 59 Mio. EUR betragen. Die Planungskosten seien laut den Vergabeunterlagen beigefügter Vorplanung mit einer Summe von 22,83 Mio. EUR veranschlagt. Vorliegend handele es sich um ein bekanntes Vorhaben, das nur realisiert werden könne, wenn es gefördert werde. Entscheidend sei, womit die Antragsgegnerin rechne, also eine innere Tatsache. Die Ursprungsplanung sei mit 90 Millionen EUR geschätzt worden. Für die Frage, ob ein Auftraggeber öffentlicher Auftraggeber sei, komme es auf den Beginn der Ausschreibung an. Die Antragsgegnerin habe den Auftrag auch nach VgV ausgeschrieben. Im Vergabevermerk habe die Antragsgegnerin bei der Wahl der Vergabeart dokumentiert, dass die Planungsleistungen in ihrer Gesamtheit den EU-Schwellenwert überschreiten würden. Weiterhin sei die gewährte Akteneinsicht zu gering. So enthalte der Brief des ehemaligen Ministers Schwärzungen, so dass sich aus diesem "Lückentext" keine Höhe der Förderungen ergäben. Bei der Frage der Einordnung der Vergabekammer in die Vorschrift des § 99 Nr. 2 GWB gehe es in der aktuellen wissenschaftlichen Diskussion zur erforderlichen Staatsnähe nicht mehr um die gesetzlichen "Zwangbeiträge", sondern um Kontrollen und Genehmigungsvorbehalte.

Die Antragsgegnerin hat in Zusammenhang mit einer etwaigen Zuordnung zu § 99 Nr. 4 GWB darauf verwiesen, dass es darauf ankomme, womit die Antragsgegnerin nicht nur rechne, sondern auch rechnen dürfe. Eine etwaige Förderung müsse fundiert sein. Auf Nachfrage der Antragstellerin erklärte die Antragsgegnerin, dass sie derzeit nicht mit den Fördermitteln rechnen dürfe. In weiter Vergangenheit sei dies anders gewesen, zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise auch wieder, nämlich dann, wenn ein konkretes Projekt - mit hinreichender Finanzierungszusage - neu zustande komme. Derzeit stehe nicht fest, was, wann und wie gebaut werde. Auch aus dem Umstand, dass Haushaltssmittel in den Haushalt eingestellt worden seien, könne nichts anderes geschlossen werden. Für eine Subvention müsse ein dem Grunde und der Höhe nach bestimmter Rechtsanspruch bestehen.

Die aktuelle Ausschreibung beziehe sich auf die möglicherweise erfolgende Umsetzung der kleinen Variante. Die im Jahr 2022 begonnene Task Force befasse sich aktuell parallel mit einem komplett anderen Bauvorhaben. Hier gehe es dem Grunde nach um die Umsetzung der "großen Lösung" allerdings mit erheblichen Abwandlungen, nämlich der Realisierung von 4 statt einem Baukörper. Die Vollversammlung im Dezember werde dazu voraussichtlich noch keine Entscheidung treffen.

Eine europaweite Ausschreibung sei freiwillig und überobligatorisch zum einen erfolgt, um ein transparentes Verfahren im Wettbewerb durchzuführen und ein wirtschaftliches Angebot zu erhalten. Zum anderen, um den möglichen hohen Anforderungen auch bei einer späteren potentiellen Förderung zu genügen. Sie habe sich in dem Verfahren bewusst selbst als Nachprüfungsstelle benannt.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit dem angegriffenen Beschluss vom 29.09.2023 mit der Begründung verworfen, der Nachprüfungsantrag sei nicht statthaft.

Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ergebe sich nicht aus dem Umstand, dass die Handwerkskammer europaweit ausgeschrieben hat. Durch die Ausschreibung möge sich die Handwerkskammer selbst an das Vergaberecht gebunden haben, die Eröffnung des Rechtswegs zu der Vergabekammer sei jedoch nicht disponibel. Eine der Voraussetzungen für die Eröffnung des Rechtswegs zur Vergabekammer bestehe darin, dass die ausschreibende Stelle Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB, hier öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB sei. Die Antragsgegnerin sei zum derzeitigen Zeitpunkt jedoch kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB, weder nach § 99 Nr. 2 GWB noch nach § 99 Nr. 4 GWB. Der Rechtsweg zur Vergabekammer sei daher nicht eröffnet. Die Vergabekammer sehe sich aus diesem Grund an einer Entscheidung in der Sache gehindert.

Die Antragsgegnerin sei keine öffentliche Auftraggeberin nach § 99 Nr. 2 GWB. Danach sei öffentlicher Auftraggeber auch eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht unter § 99 Nr. 1 GWB falle und die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie überwiegend von Stellen nach Nr. 1 oder 3 finanziert werde oder ihre Leitung der Aufsicht dieser Stellen unterliege oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organs durch diese Stellen bestimmt worden sei.

Zwar handele es sich bei der Antragsgegnerin um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Dies ergebe sich zum einen aus § 90 Abs. 1 der Handwerksordnung für die Handwerkskammern allgemein, aber auch zusätzlich aus § 1 Abs. 2 der Satzung der Antragsgegnerin für diese speziell. Sie sei auch zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.

Die weiteren Voraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB, aus der sich eine besondere Staatsnähe ergeben würde, lägen jedoch nicht vor.

Die Antragsgegnerin werde nicht von Stellen nach § 99 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB überwiegend finanziert. Die Antragsgegnerin habe am 08.08.2023 eine Finanzierungsübersicht übermittelt, die auf der eigenen Internetseite frei zugänglich sei. Aus dem dort veröffentlichten Diagramm

ergäben sich die prozentualen Anteile der Einnahmen der ###. Eine überwiegende Finanzierung durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder Nr. 3 sei dort nicht erkennbar. Ein Großteil der Finanzierung erfolge über die Beiträge der Mitglieder.

Die Leitung der Antragsgegnerin unterliege auch nicht der Aufsicht im Sinne des § 99 GWB. Eine Aufsicht liege nach dieser Vorschrift nur dann vor, wenn Stellen nach Nummer 1 oder Nummer 3 durch die Ausübung der Aufsichtsbefugnis auf das Beschaffungsverhalten des Unternehmens einwirken können. Zwar sei ein Teil der Beschlüsse der Vollversammlung nach § 113 Abs 1 HwO von der obersten Landesbehörde nach § 106 Abs. 2 HwO zu genehmigen, so auch die Wahl des Vorstandes, sowie die Wahl des Geschäftsführers, gegebenenfalls des Hauptgeschäftsführers oder die Änderung der Satzung. Dabei habe die oberste Landesbehörde bei der erforderlichen Genehmigung nach § 106 Abs. 5 HwO zu prüfen, ob die Vorgaben der Richtlinie EU 2018/958 in der jeweils geltenden Fassung eingehalten wurden. Hierbei handele es sich jedoch um eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle. § 115 HwO formuliere zur Staatsaufsicht allgemein, dass sich diese, soweit nichts anderes bestimmt ist, darauf beschränke, dass Gesetz und Satzung beachtet und die den Handwerkskammern übertragenen Aufgaben erfüllt werden. § 43 der Satzung der Antragsgegnerin verweise insoweit auf die Regelung der HwO. Eine solche nachträgliche Kontrolle erfülle das Kriterium der Aufsicht über die Einwirkungsmöglichkeit Leitung grundsätzlich nicht.

Eine im Sinne einer inhaltlichen Einflussnahme auf Vergabeverhalten ist durch den Genehmigungsvorbehalt nicht verbunden. Im Rahmen des rechtlich Zulässigen entscheide die Handwerkskammer/die Leitung der Handwerkskammer über die laufende Tätigkeit selbst.

Schließlich seien auch die Voraussetzungen des § 99 Abs. 2\_c) GWB nicht erfüllt. Es seien nicht mehr als die Hälfte der Mitglieder eines Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgans des betreffenden Rechtsträgers durch Stellen nach Nr. 1 oder 3 bestimmt worden. Die Geschäftsführung werde durch die Vollversammlung gewählt. "Zur Aufsicht berufene Organe" im Sinne der Norm seien nur diejenigen, die im Einzelfall eine Stellung innehaben, die einen potenziellen Einfluss auf die Geschäftspolitik hätten. Dies ist nicht erkennbar.

Die Antragsgegnerin sei für das streitgegenständliche Verfahren auch kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 4 GWB. Nach dieser Vorschrift seien öffentliche Auftraggeber auch natürliche oder juristische Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter § 99 Nr. 2 GWB fielen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehenden Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter die Nummern 1, 2 oder 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen dieses Vorhaben zu mehr als 50 % subventioniert würden. Zweck der Vorschrift sei es, die Verwendung öffentlicher Gelder nicht nur dann an die Vorgaben des Vergaberechts zu binden, wenn die Gebietskörperschaften und sonstigen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 - 3 GWB unmittelbar selbst Auftraggeber seien, sondern auch dann, wenn sie die ihnen zur Verfügung stehenden Geldmittel über Subventionen an Dritte weiterleiten und so nur noch indirekt an der Ausschreibung beteiligt seien.

Bei den geplanten Vorhaben, "großer" ### bzw. "kleiner" ###, handele es sich, von der Antragsgegnerin auch nicht bestritten, um unter die Vorschrift fallende Bauvorhaben. Die Aufzählung in § 99 Nr. 4 GWB sei zwar abschließend, die einzelnen Bezeichnungen seien jedoch

weit auszulegen, so dass auch Berufsschulen und allgemein Bildungsstätten in den Anwendungsbereich der Vorschrift fielen. Beim "großen" ### und beim "kleinen" ### handele es sich zur Überzeugung der Vergabekammer zwar um Vorhaben die einen Neubau der Bildungsstätte auf dem ###, aber nicht in beiden Varianten die Landesberufsschulen und alle Fachbereiche zum Gegenstand habe. Bereits daraus ergebe sich, dass es sich nicht um dieselben Vorhaben handelt. Die Ausgestaltung im Sinne von "alles unter einem Dach" werde dabei aufgegeben. Im Juli 2018 sei ein Architektenwettbewerb gestartet worden. Beschrieben werden sei der Gegenstand der Beschaffung auszugsweise mit "Neubau einer Berufsbildungsstätte mit integrierter Berufsschule und Fortbildungszentrum" für die Antragsgegnerin auf einem 49.500 m<sup>2</sup> großen Grundstück. Grundlage für den Wettbewerb stelle ein mit den Fördermittelgebern abgestimmtes und freigegebenes Ideal-Raum-Programm dar. Für die Umsetzung des Neubaus seien rund 90 Mio. EUR brutto Gesamtkosten für KG 200-700 als auskömmlich veranschlagt. Der erste Preisträger habe in dem anschließenden Vergabeverfahren den Auftrag für die ersten vier Leistungsphasen erhalten. Für dieses Vorhaben habe die Antragsgegnerin mit einer 75 %-igen Finanzierung seitens des Bundes und des Landes gerechnet. Dies ergebe sich aus der Presseinformation der Antragsgegnerin vom 07.03.2019 und 09.07.2019. Dabei sollte die Förderung mit 38 Mio. EUR vom Land und 31 Mio. EUR vom Bund kommen. Die weitere Planung hätten im Jahr 2020 gezeigt, dass das Vorhaben des großen ### deutlich teurer werden würde und von den bis zu diesem Zeitpunkt in Aussicht gestellten Mitteln nicht getragen würde. 2021 habe sich die Antragsgegnerin daraufhin entschlossen, zweigleisig weiterzuarbeiten. Bei der kleinen Lösung sollte laut Beschreibung der Historie zum Teil auf Landesberufsschulen und einige Fachbereiche verzichtet werden. Parallel dazu wurde versucht mit einem neuen planerischen Ansatz den großen ### zu realisieren. Die Finanzierung sei unklar. Ob der ursprünglich geplante große T. und der möglicherweise (weiter) entwickelte große ### der Task Force noch als ein Vorhaben angesehen werden könne, könne dahinstehen, denn die ausgeschriebene Dienstleistung stehe - unstreitig - im Zusammenhang mit dem "kleinen" ###. Dies ergebe sich eindeutig aus der Vergabeunterlage "Vorplanung (LPH 2) "kleiner" ### mit reduziertem IRP".

Ein Schätzwert für das Vorhaben "kleiner" ### bzw. der isolierten Planungsleistungen insgesamt ergebe sich aus den Vergabeunterlagen, die die Vergabekammer erhalten habe, nicht. Dies sei zur Überzeugung der Vergabekammer jedoch unschädlich, da die zu addierenden Planungsleistungen, zwischen den Verfahrensbeteiligten nicht streitig, jedenfalls - auch im Falle der Umsetzung des "kleinen" ### - den Schwellenwert von 215.000 EUR überschreiten werden.

Die streitgegenständliche Ausschreibung sei von der Antragsgegnerin auf 76.000 EUR geschätzt worden.

Für den "kleinen" ### gebe es noch keine auch nur ansatzweise verbindlichen Aussagen zu einer Subventionierung des konkreten Vorhabens "kleiner ###", aus dem sich ergeben könnte, dass die Antragsgegnerin mit einer Subventionierung in ausreichender Höhe für die Umsetzung des Projekts rechnen kann und darf. Die Realisierung des Bauvorhabens sei zum derzeitigen Zeitpunkt noch völlig unklar. Sicher sei zwar, dass die Umsetzung des Projekts nur möglich sein werde, wenn eine Subventionierung von deutlich mehr als 50 % erfolgen werde, die tatsächliche Umsetzung sei jedoch zum derzeitigen Zeitpunkt und erst recht zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht sicher. Die ursprünglich in Aussicht gestellten Mittel bezügen sich auf den damaligen "großen" ###, diese Lösung werde auch in der Task Force unter Federführung des Bundes allerdings mit erheblichen Änderungen weiterverfolgt.

Dafür, dass der Bund sich auch an einer kleinen Lösung beteiligen will, gebe es keine Anhaltspunkte.

Soweit die Antragstellerin meine, bereits die aufgestockten Landesmittel, die laut Pressemitteilung des Finanzministeriums ab 2023 in Höhe von 59 Mio. EUR eingeplant seien, führten dazu, dass eine Subventionierung von mehr als 50 % erreicht sei, folge die Vergabekammer dem nicht.

Zum einen müsste auch die Finanzierung des Restbetrages sichergestellt sein, sei es aus Eigen- oder aus weiteren Fremdmitteln. Sonst sei das Vorhaben insgesamt noch nicht vergabereif.

Anhaltspunkte dafür, dass der Bund oder die Antragsgegnerin oder beide gemeinsam den Differenzbetrag finanzieren würde, gebe es nicht. Es sei damit schon fraglich, ob für die ausgeschriebene Dienstleistung vor diesem Hintergrund überhaupt in den Anwendungsbereich des § 99 Nr. 4 GWB fallen könne, wenn das geplante Vorhaben noch nicht vergabereif sei. Die Vergabekammer sei nicht dieser Auffassung, denn wenn schon das Bauprojekt nicht sicher sei, dieses aber erst den Tatbestand der Vorschrift begründe, könnten nicht "dazugehörige" Dienstleistungen eigenständig die Voraussetzung des § 99 Nr. 4 GWB erfüllen. Die Antragsgegnerin schreibe hier insoweit auf eigenes Risiko aus. Das habe sie in der mündlichen Verhandlung auch bestätigt. Zwar hoffe sie auf eine nachträgliche Förderung, könne und werde die ausgeschriebene Leistung jedoch gegebenenfalls aus Eigenmitteln finanzieren. Bei dem geschätzten Auftragswert, aber auch bei den konkreten Angeboten erscheine dies der Vergabekammer auch plausibel.

Selbst wenn man, entgegen der Auffassung der Vergabekammer, zu dem Ergebnis komme, dass die Dienstleistung bei fehlender Vergabereife des Bauprojekts in den Anwendungsbereich des § 99 Nr. 4 GWB fallen könne, fehle es zumindest derzeit an einer 50 %igen Subventionierung des Gesamtvorhabens. Diese würden entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht bereits durch die etwa im Landshaushalt eingeplanten Mittel in Höhe von 59 Mio. EUR überschritten. Es sei schon nicht klar, ob die Landesmittel vor dem Hintergrund der Haushaltsknappheit tatsächlich zur Verfügung stünden. Im Einzelplan # ## seien zwar unter dem Titel # ## für "# ##" 2 Mio. EUR als "SOLL" eingestellt und erläutert mit "# ##". Solange keine haushaltsrechtliche Verpflichtung vorhanden sei, könne jedoch von der Planung abgewichen werden. Weiter sei unklar, ob die eingeplanten Mittel für den großen # ## oder auch für den kleinen # ## gleichermaßen zur Verfügung, stünden. Dies könne vor dem Hintergrund des Schreibens des damaligen Wirtschaftsministers zumindest fraglich sein, für den Fall, dass Bereiche, für die das Land dann Verantwortung tragen müsste, aus dem Konzept herausfallen und diese dann anderweitig vom Land finanziert werden müssten. Die Antragsgegnerin könne und dürfe derzeit - noch - nicht mit einer Subventionierung von mehr als 50 % rechnen. Zwar komme es nicht auf eine erst nachträglich zu beurteilende Höhe der Förderung nach Verwendungsnachweisprüfung an. Die Vergabekammer halte es grundsätzlich für möglich, dass auch Auftraggeber, die die Förderung noch nicht erhalten oder noch nicht einmal beantragt hätten, im Einzelfall öffentliche Auftraggeber im Sinne der Vorschrift sein können. Das setze aber zumindest voraus, dass die Finanzierung in einem gewissen Maße sicher sei, etwa, weil im Regelfall nach Förderrichtlinien oder Förderpraxis mit einer Förderung von mehr als 50 % zu rechnen sei. So liege der Sachverhalt hier aber nicht. Ein derartiger Fördertatbestand oder -automatismus liege nicht vor.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Antragstellerin mit der Beschwerde vom 16.10.2023

und hat zugleich die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den ihren Nachprüfungsantrag zurückweisenden Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 29.09.2023 beantragt.

Zur Begründung führt die Antragstellerin aus, es handele sich bei der Antragsgegnerin jedenfalls um einen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB. Das Vorhaben werde im Falle der Realisierung zu mehr als 50% von Land und Bund subventioniert.

Es komme nach h.M. in Rechtsprechung und Literatur für den Zeitpunkt der Auftraggebereigenschaft (allein) darauf an, in welcher Höhe der Auftraggeber mit Subventionen zum Zeitpunkt der Ausschreibung bei seiner Gesamtkalkulation rechne. Auf die Stellung eines Fördermittelantrages oder gar Erhalt eines Fördermittelbescheides komme es damit gerade nicht entscheidend an. Lägen etwaige Fördermittelanträge oder Subventionsbescheide noch nicht vor, sei für die Bemessung der 50%-Grenze auf andere Kalkulationsüberlegungen zurückzugreifen, insbesondere auch die öffentlichen Pressemitteilungen von Land und Bund maßgeblich, soweit hierin öffentliche Fördermittel in Aussicht gestellt werden (Bezugnahme auf den Senatsbeschluss vom 10.12.2020 - 54 Verg 4/20). Ein sog. "Förderautomatismus", wie ihn die Vergabekammer als maßgeblich betrachte sei keine Voraussetzung. Hier rechne die Beschwerdegegnerin auch deswegen zweifellos mit mehr als 50% Förderung durch Bund und Land, weil es eine andere Finanzierungsmöglichkeit nicht gebe.

Auf den unbelegten Vortrag oder die bestrittenen Behauptungen der Beschwerdegegnerin, wonach nicht mit Fördermitteln kalkuliert werde, komme es nicht an. Es sei rechtsfehlerhaft, wenn die Vergabekammer es zur Antragsablehnung "ausreichen" lasse, dass die Beschwerdegegnerin durch Nichtmitteilung eigener Kalkulationsüberlegungen vorgebe, keine Kalkulation der Gesamtmaßnahme vorgenommen zu haben.

Davon unabhängig liege ein sog. "Förderautomatismus" bei richtiger Bewertung entgegen der Ansicht der Vergabekammer hier auch vor. Es sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin Fördermittel beantragen werde, die politischen Entscheidungen - und damit der entsprechende Wille - hierüber seien längst öffentlich kommuniziert.

Hilfsweise gehe die Antragstellerin davon aus, dass die Antragsgegnerin auch öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 lit. b GWB sei.

Die Antragsgegnerin hat sich gegen die beantragte Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gewandt und zur Begründung auf ihr großes Interesse an einer Fortsetzung der Planungen auch auf eigene Kosten verwiesen.

Nachdem der Senat mit Beschluss vom 25.10.2023 zunächst angeordnet hatte, dass die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 29.09.2023, Az. VK-SH 13/23 einstweilen bis zum 30.11.2023 verlängert werde, hat er mit Beschluss vom 24.11.2023 (Az. 54 Verg 6/23) den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie den Antrag auf erweiterte Akteneinsicht zurückgewiesen. Auf die Beschlussbegründung wird Bezug genommen.

Hierauf hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Auftrag nunmehr an die Beigeladene vergeben zu haben.

Die Antragstellerin hat an ihrer Beschwerde festgehalten. Gegen die Entscheidung des Senates vom 24.11.2023 wendet sie ein, die Entscheidung stehe in einem Divergenzverhältnis zur Entscheidung des OLG München vom 10.11.2010 - Verg 19/10. Danach komme es nicht darauf an, dass der Auftraggeber sicher von bestimmten Fördermitteln ausgegangen sei, sondern ob der damit gerechnet habe. Insoweit komme es auf das gesamte Vorhaben an, es sei verfehlt, das streitgegenständliche Vorhaben getrennt hiervon zu betrachten, das die Auftraggeberin "auf eigenes Risiko" finanziert habe.

Die Auftraggeberin habe danach auch mit entsprechenden Fördermitteln gerechnet. Die im Haushalt verbuchten Fördermittel bezögen sich auch auf die streitgegenständliche kleine Variante. Dass das Land an der Förderung festhalte, ergebe sich aus einem (als Anlage beigefügten) Artikel in den ###er Nachrichten vom 21.10.2023.

Die Antragsgegnerin sei auch nicht auszuschließen gewesen, weil die Antragstellerin das angeboten habe, was ausgeschrieben worden sei. Die verlangte Probenentnahme durch einen akkreditierten Probeentnehmer sei eine bloße zivilrechtliche Beschaffenheitsvereinbarung.

Eine Erledigung sei schließlich noch nicht erklärt worden, weil die Zuschlagerteilung wegen § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB von Anfang an unwirksam sei.

Sie beantragt,

1. Unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 29.09.2023 - VK-SH 13/23 wird die Beschwerdegegnerin verpflichtet, das Vergabeverfahren "Vergabe Planungsleistungen für Baugrund und Wasserhaltung - Maßnahme ### der ###, unter der Vergabenummer ###, bekanntgemacht im EU Amtsblatt unter der Nummer ###" unter Beachtung der Rechtsauffassung des Vergabesenats in den Stand vor Prüfung der Eignung, hilfsweise vor Prüfung der Angebote, höchst hilfsweise vor Bekanntmachung, zurückzuversetzen.
2. Hilfsweise, für den Fall der Zurückweisung des Antrages zu 1 wegen wirksamer Zuschlagerteilung an die Beigeladene, wird die Hauptsache für erledigt erklärt und festgestellt, dass der durch die Beschwerdegegnerin ausgesprochene Ausschluss der Beschwerdeführerin rechtswidrig war und die Beschwerdeführerin in ihren Rechten verletzt.
3. Der Beschwerdegegnerin werden die Kosten des Vergabenachprüfungsverfahrens und die Kosten der sofortigen Beschwerde einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten auferlegt.
4. Es wird festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten hat und dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war.
5. Der Beschwerdeführerin wird weitergehende Akteneinsicht in die Vergabeakten gewährt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zur Begründung nimmt sie im wesentlichen Bezug auf die Begründung des Senatsbeschlusses vom 24.11.2023 (Az. 54 Verg 6/23).

II.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

1. Der Antrag zu 1, gerichtet auf Zurückversetzung des Vergabeverfahrens ist bereits unzulässig, weil die Antragsgegnerin den Auftrag an die Beigeladene vergeben hat. Ein wirksam erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden, § 168 Abs. 2 S. 1 GWB. Der wirksame Zuschlag beendet das Vergabeverfahren mit der zwangsläufigen Folge, dass das mit dem Nachprüfungsantrag verfolgte Ziel - die Beeinflussung des der Auftragsvergabe vorangehenden Verfahrens - nicht mehr erreicht werden kann. Das hat zur Konsequenz, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig wird. Bleibt er aufrechterhalten, etwa weil der Antragsteller der irrgen Ansicht ist, der Zuschlag sei nichtig, muss er als unzulässig verworfen werden (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl., § 168 GWB (Stand: 15.09.2022), Rn. 108-109).

Vorliegend ist der Zuschlag nicht unwirksam oder nichtig. Vielmehr kann der Auftraggeber den Zuschlag bei einem anhängigen Nachprüfungsverfahren zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist wirksam erteilen, wenn die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt hat, es sei denn das Beschwerdegericht hat die aufschiebende Wirkung der Beschwerde verlängert, § 173 Abs. 1 S. 2, 3 GWB (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl., § 168 GWB (Stand: 15.09.2022), Rn. 107). Vorliegend hat der Senat die beantragte Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch Beschluss vom 24.11.2023 zurückgewiesen (Az. 54 Verg 6/23).

Eine Unwirksamkeit des Zuschlags folgt in der vorliegenden Konstellation auch nicht etwa aus den §§ 135 Abs. 1 Nr. 1, 134 GWB. Angesichts der Stellung des Nachprüfungsantrages war die Antragstellerin zum einen ausreichend informiert, zum anderen schützen die §§ 135, 134 GWB die Bieter im Vorfeld eines Nachprüfungsverfahrens, während die §§ 169 Abs. 1, 173 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 3 GWB im Wege eines Zuschlagsverbots effektiven Rechtsschutz im Verlaufe des Verfahrens gewährleisten. Dabei regelt § 169 Abs. 1 GWB ein Zuschlagsverbot für die Zeit ab Information des Auftraggebers über den Nachprüfungsantrag, demgegenüber garantiert § 134 GWB, dass die betroffenen Bieter und Bewerber vorab über die bevorstehende Auftragsvergabe hinreichend informiert sind, so dass sie überhaupt in der Lage sind, einen Nachprüfungsantrag stellen und begründen zu können. § 134 GWB bewirkt somit eine zeitliche Vorverlagerung der Schutzwirkung des § 169 Abs. 1 GWB (Burgi/Dreher/Opitz/Dreher/Hoffmann, 4. Aufl. 2022, GWB § 134 Rn. 87). Dies gilt erst Recht für den Fall des Beschwerdeverfahrens. Nachdem über die aufschiebende Wirkung gemäß § 173 GWB abschlägig entschieden wurde - wie im vorliegenden

Fall - greift der vorgelagerte Schutz der §§ 135, 134 GWB nicht mehr.

2. Der hilfsweise gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag der Antragstellerin hat in der Sache ebenfalls keinen Erfolg.

Die Vergabekammer hat die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrages zu Recht abgelehnt.

Die Antragsgegnerin ist nicht öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB. Sie unterfällt weder § 99 Nr. 2 GWB (dazu lit. a) noch § 99 Nr. 4 GWB (dazu lit. b).

a) Die Antragsgegnerin ist keine juristische Person, die einer qualifizierten staatlichen Einflussnahmemöglichkeit unterliegen würde. Eine überwiegende staatliche Finanzierung (Nr. 2 a) sowie eine mehrheitliche Organbesetzung liegt ohnehin nicht vor.

Anders als die Antragstellerin meint, fehlt es auch an einer Leitung der Aufsicht nach Nr. 2 b), weil die Antragsgegnerin lediglich einer Rechts- und keiner Fachaufsicht unterliegt. Daher ist eine Handwerkskammer zwar eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, aber kein öffentlicher Auftraggeber, der unter § 99 Nr. 2 GWB fällt (VK Bund, Beschluss vom 22. August 2018 - VK 1-77/18 -; VK Bund, Beschluss vom 16. November 2018 - VK 1-99/18 -).

Eine bloße Rechtsaufsicht, Rechtmäßigkeits- oder Rechnungshofkontrolle ist mangels entsprechender Einflussmöglichkeiten grundsätzlich nicht ausreichend (ganz überwiegende Auffassung, vgl. etwa BeckOK VergabeR/Bungenberg/Schelhaas, 29. Ed. 31.1.2023, GWB § 99 Rn. 82; m.w.N.; vgl. auch EuGH, Urteil vom 12. September 2013 - Rs. C-526/11 -). Selbst wenn man eine qualifizierte Rechtsaufsicht, die sich auch auf die Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung erstreckt und aufgrund laufender Eingriffsmöglichkeiten eine hinreichende Einflussnahme ermöglicht, ausreichen ließe (vgl. etwa Beck VergabeR/Dörr, 4. Aufl. 2022, GWB § 99 Rn. 59), würde eine solche laufende Kontrolle hier nicht vorliegen.

b) Die Antragsgegnerin unterfällt mit der streitgegenständlichen Ausschreibung auch nicht § 99 Nr. 4 GWB.

Die Vergabekammer hat in der angegriffenen Entscheidung zu Recht darauf abgestellt, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Ausschreibung der streitgegenständlichen Leistung nicht von einer mehr als hälf tigen Förderung einer Gesamtbaumaßnahme im Sinne des § 99 Nr. 4 GWB durch die öffentliche Hand auszugehen ist, mit der Folge dass die hier ausgeschriebene Planungsleistung für Baugrund und Wasserhaltung als damit in Verbindung stehende Dienstleistung ebenfalls § 99 Nr. 4 GWB unterfallen würde. Daher kann vorliegend auch offen bleiben, ob es ohnehin nicht auf eine umfassende Betrachtung des Gesamtvorhabens ankommt, sondern nur auf die vom jeweiligen Einzellos umfassten Positionen, soweit diese nicht zu über 50 % gefördert werden (in diese Richtung etwa VK Bund, Beschluss vom 16. November 2018 - VK 1-99/18 -).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung der "überwiegenden Subventionierung" ist aus Gründen der Rechtssicherheit der Zeitpunkt der Ausschreibung. Entscheidend ist also, in welcher Höhe der Auftraggeber mit Fördermitteln bei seiner Gesamtkalkulation gerechnet hat (Beck VergabeR/Dörr, 4. Aufl. 2022, GWB § 99 Rn. 123). Der Anwendungsbereich der Nummer 4 ist daher nur dann eröffnet, wenn der vergebenden Stelle zum Zeitpunkt der Ausschreibung mehr als

50 % der Projektkosten als Subventionen zur Verfügung gestellt werden (Masing in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 99 GWB, Rn. 104). Ausschlaggebend für die Berechnung ist der Zeitpunkt der Ausschreibung. Aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit muss zu diesem Zeitpunkt feststehen, ob eine europaweite Ausschreibung stattzufinden hat oder nicht. Etwaige Änderungen im Laufe des Verfahrens können an der Eigenschaft oder der fehlenden Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nichts mehr ändern. Auf spätere Auszahlungen kann es daher nicht ankommen, ausschlaggebend ist vielmehr, in welcher Höhe der Auftraggeber mit Fördermitteln bei seiner Gesamtkalkulation gerechnet hat (OLG München, Beschluss vom 10. November 2010 - Verg 19/10 -).

Hier ist bereits fraglich, ob überhaupt eine Gesamtbaumaßnahme im Sinne des § 99 Nr. 4 GWB hinreichend konkret absehbar ist. Die ursprünglich anvisierte Planung für den "großen" ### ist angesichts der fehlenden Finanzierung der deutlich erhöhten Baukosten jedenfalls in dieser Form nicht mehr geplant. Vielmehr ist die vorliegende Ausschreibung dem (Gesamt-)Projekt "kleiner" ### zuzuordnen. Bereits aus den Vergabeunterlagen für die hier streitgegenständliche Ausschreibung folgt, dass die Ausschreibung die Vorplanung für den "kleinen" ### mit reduziertem IRP zum Gegenstand hat.

Soweit die Antragstellerin anführt, das Land habe in einer Pressemitteilung eine Finanzierung von 59 Millionen Euro für den hier streitgegenständlichen "kleinen" ### angesetzt, dringt sie damit im Ergebnis nicht durch. Inwieweit für die Beantwortung der Frage, ob ein Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert wird, auf Pressemitteilungen der öffentlichen Hand, etwa des Landes, zurückgegriffen werden kann, kann dabei dahinstehen. Soweit die Antragstellerin zur Stützung dieser Annahme auf eine Entscheidung des Senates Bezug nimmt (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 10. Dezember 2020 - 54 Verg 4/20 -), lässt sich ein solches Verständnis nicht auf diese Entscheidung stützen. Vielmehr war dieser Umstand im Rahmen der zitierten Entscheidung des Senates unstreitig.

Im Ergebnis kann die Beantwortung dieser Frage vorliegend dahinstehen:

Die zitierte Mitteilung des Landes bezieht sich gerade nicht auf das hier streitgegenständliche Vorhaben "kleiner ###", sondern auf das Vorhaben "großer ###". Die Vergabekammer hat in ihrer Entscheidung festgestellt, dass für das Vorhaben "kleiner ###" noch keine Förderzusage vorliege, vielmehr sei die Realisierung zu diesem Zeitpunkt noch völlig unklar. Auf die diesbezüglichen Ausführungen im Beschluss der Vergabekammer auf den Seiten 20-22 wird Bezug genommen.

Daher unterstellt die Antragsgegnerin zu Unrecht, dass die Fördermittel durch das Land für die streitgegenständliche kleine Variante bereits in dem Sinne "reserviert" seien, dass die Antragsgegnerin mit einer Forderung rechnen könne. Dabei wird verkannt, dass die Berücksichtigung im Haushalt auf Grundlage der ursprünglichen Planung erfolgt ist. Dies wird durch das Schreiben des damaligen Wirtschaftsministers in Reaktion auf die Ankündigung einer reduzierten Planung illustriert. Danach sei für den Fall, dass Bereiche, für die das Land dann Verantwortung tragen müsste, aus dem Konzept herausfallen und diese dann anderweitig vom Land finanziert werden müssten, zumindest mit einer Reduzierung der für das Projekt "großer" ### in Aussicht gestellten Mittel zu rechnen. Auch aus dem der Stellungnahme beigefügten Zeitungsartikel aus den ### vom ### folgt - unabhängig davon, dass der Zeitpunkt der

Ausschreibung vor dem Erscheinen des Artikels liegt - nichts Gegenteiliges. Die dort zitierte Aussage eines Ministeriumssprechers, wonach das Land nach wie vor zum Projekt stehe, ist schon für sich genommen wenig konkret. Dies wird durch die weiter zitierte Aussage bestärkt, derzufolge aktuell an einer Machbarkeitsstudie gearbeitet werde, dann würden konkrete Zahlen zu den Kosten erwartet und die Finanzierungsanteile könnten geklärt werden. Angesichts der Unklarheit, welche Kosten für die kleine Variante zu veranschlagen sind und ob dafür noch ausreichend öffentliche Fördermittel zur Verfügung gestellt werden, um das Projekt umzusetzen, konnte die Antragstellerin nicht mit einer Förderung rechnen.

Zwar wendet die Antragstellerin in diesem Zusammenhang im Ausgangspunkt zu Recht ein, dass die Antragsgegnerin eine Umsetzung des gesamten Projektes letztlich nur dann wird erreichen können, wenn sie Fördermittel von über 50% erhält. Das gilt auch für das Projekt "kleiner" ###.

Im vorliegenden Fall besteht jedoch - worauf die Vergabekammer zu Recht hingewiesen hat - die Besonderheit, dass - mangels in Aussicht gestellter Förderung für das hier streitgegenständliche gesamte Vorhaben - eine Umsetzung des (gesamten) Projektes gerade nicht absehbar ist.

Insbesondere verkennt die Antragstellerin in diesem Zusammenhang eine entscheidende Besonderheit des vorliegenden Falles:

Anders als in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung des OLG München vom 10. November 2010 - Verg 19/10 -, handelt es sich vorliegend "nur" um die Ausschreibung einer mit den in Nr. 4 beschriebenen Maßnahmen in Verbindung stehenden Dienstleistung, während die Förderung und damit die Realisierbarkeit der Maßnahme "kleiner" ### selbst nicht absehbar ist.

Dementsprechend dient die hier ausgeschriebene Planungsleistung für Baugrund und Wasserhaltung im Ergebnis der Vorbereitung einer konkreten Planung, in deren Verlauf die Antragsgegnerin die Realisierbarkeit und insbesondere die diesbezüglichen Fördermöglichkeiten prüfen kann.

In diesem Zusammenhang hat die Vergabekammer festgestellt, dass die Antragsgegnerin die hier streitgegenständliche Leistung auf eigenes Risiko ausgeschrieben hat, bevor das Projekt selbst vergabereif ist und die Antragsgegnerin die ausgeschriebene Leistung gegebenenfalls aus Eigenmitteln finanzieren wird. Damit steht eine Finanzierung für das gesamte Projekt gerade noch nicht fest. Demgegenüber ist für die Finanzierung der hier ausgeschriebenen Dienstleistung eine Förderung durch die öffentliche Hand weder zwingend erforderlich noch fest eingeplant. Durch die Ausschreibung der streitgegenständlichen vorbereitenden Dienstleistung auf eigenes Risiko, ohne dass die Antragsgegnerin mit einer mehr als 50%igen Förderung der Gesamtmaßnahme rechnen konnte, unterfällt die Antragsgegnerin nicht § 99 Nr. 4 GWB.

Überdies hätte die Beschwerde auch in der Sache keinen Erfolg gehabt. Es stand der Antragsgegnerin frei, eine Akkreditierung für die Probenentnahme auch vor Ablauf der Übergangsfrist der BBodSchV n.F. zu verlangen. Einen durchgreifenden Verstoß gegen das Transparenzgebot vermag der Senat in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen. Das Angebot der Antragstellerin konnte demnach wegen einer Änderung der Vergabeunterlagen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV ausgeschlossen werden, da eine nach § 53 Abs. 7 VgV unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen bereits vorliegt, wenn der Bieter ein von den Vorgaben abweichendes Angebot macht, das bei einem Wegdenken der Abweichungen unvollständig bleibt, insbesondere etwa

dann, wenn das Angebot von den Leistungsvorgaben in der Ausschreibung abweicht. Durch ihre Nachfragen bei der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin deutlich gemacht, dass sie eine Akkreditierung für die Probeentnahme nicht für erforderlich hielt. Umgekehrt hat die Antragsgegnerin deutlich gemacht, dass sie eine Probeentnahme durch einen akkreditierten Probeentnehmer als Leistungsvorgabe der Ausschreibung ansieht. Anders als die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren vorbringt, hat sie auch nicht etwa angeboten, die Probeentnahme durch einen akkreditierten Probeentnehmer durchführen zu lassen. Die Schreiben der Antragstellerin konnte die Antragsgegnerin danach nur so verstehen, dass das Angebot der Antragstellerin keine Probeentnahme durch einen akkreditierten Probeentnehmer beinhaltet.

3. Der erneut gestellte Antrag auf erweiterte Akteneinsicht ist ebenfalls (erneut) zurückzuweisen. Das Recht auf Akteneinsicht besteht in dem Umfang, in dem es zur effektiven Durchsetzung subjektiver Rechte der Beschwerdeführerin erforderlich ist, was nur bezüglich entscheidungsrelevanter Aktenbestandteile gilt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.03.2021 - Verg 9/21). Akteneinsicht ist in dem Umfang zu gewähren, der zur Durchsetzung des objektiven Rechts, bezogen auf das konkrete Rechtsschutzziel, notwendig ist, soweit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen (Senat, Beschluss vom 27. Oktober 2022 - 54 Verg 7/22 -). Unter Abwägung der beiderseitigen Interessen hat die Antragstellerin demnach keinen Anspruch auf weitere Einsicht in die Vergabeakten, weil der Nachprüfungsantrag schon nicht statthaft ist.

4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen, §§ 175, 71 GWB.

Zitievorschlag:

OLG Schleswig Urt. v. 8.2.2024 – 54 Verg 7/23, IBRRS 2024, 0740

[Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)