
Datum:	26.11.2003
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	Vergabesenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	VII-Verg 53/03
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2003:1126.VII.VERG53.03.00

Tenor:

I. Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf vom 12. August 2003 (VK - 22/2003 - B) wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin in der Beschwerdeinstanz tragen die Beigeladene und die Antragsgegnerin jeweils zur Hälfte.

III. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war für die Antragstellerin auch im Beschwerdeverfahren notwendig.

IV. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird für die Zeit bis zum 11. November 2003 auf 223.249 EUR (5 % von 4.464.987 EUR) festgesetzt. Davon entfällt auf die Beschwerde der Beigeladenen ein Teilbetrag von 74.416 EUR und auf die - zurückgenommene - Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin ein Teilbetrag von 148.833 EUR.

Für die Zeit ab dem 12. November 2003 beläuft sich der Beschwerdewert auf 74.416 EUR.

I.

Durch den angefochtenen Beschluss hat die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin stattgegeben und die Antragsgegnerin verpflichtet, die Auswertung des in Rede stehenden Vergabeverfahrens nachvollziehbar zu dokumentieren sowie die Angebotswertung unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen weiterzuführen. Den Angebotsausschluss der Beigeladenen hat sie dabei auf die Erwägung gestützt, dass deren Angebot in Position 10.60.0002 des Leistungsverzeichnisses ("*Wirtschaftswegbrücke Stahlbeton*") keinen wertbaren Preiseintrag enthalte und deshalb gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b), 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A 2. Abschnitt zwingend von der Wertung auszuschließen sei. Zur näheren Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt: Zwar habe die Beigeladene durch die Eintragung "*1 EUR*" bei der betreffenden Leistungsposition formal betrachtet einen Preis ausgewiesen. Diese Preisangabe sei indes völlig unrealistisch und nicht wertbar. Das ergebe sich schon aus der Tatsache, dass die Leistungsposition von allen anderen Mitbewerbern um den Zuschlag mit Beträgen von rund 200.000 EUR veranschlagt worden sei. Aufgrund der unrealistischen Preisangabe sei das Angebot der Beigeladenen überdies einem Preisvergleich mit den konkurrierenden Angeboten der anderen Bieter entzogen. Für die Vergabestelle sei nicht zu erkennen, ob die Beigeladene die Kosten für die Errichtung der Wirtschaftswegbrücke (bewusst oder unbewusst) nicht einkalkuliert oder in andere Positionen des Leistungsverzeichnisses habe einfließen lassen. Im Ergebnis stehe die Eintragung "*1 EUR*" einer unterbliebenen Preisangabe gleich. 3

Mit ihrer Beschwerde wendet sich die Beigeladene gegen diesen Rechtsstandpunkt. Sie begehrt die Aufhebung des Vergabekammerbeschlusses insoweit, wie die Antragsgegnerin zum Ausschluss ihres (der Beigeladenen) Angebots verpflichtet worden ist. Die Antragsgegnerin hat in ihrer Beschwerdeerwiderungsschrift darüber hinaus begehrt, dass der Beschluss der Vergabekammer insgesamt aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin verworfen - hilfsweise: dass er zurückgewiesen - wird. Dieses Begehren hat sie im Verhandlungstermin des Senats fallen gelassen. 4

II. 5

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen hat keinen Erfolg. 6

A. Der Rechtsbehelf der Beigeladenen ist zulässig. Es bestehen insbesondere keine Bedenken dagegen, dass die Beigeladene ihre sofortige Beschwerde auf die Überprüfung des zu ihren Lasten verfüigten Angebotsausschlusses beschränkt hat. Gegenstand der Anfechtung ist ein selbständiger und quantitativ abgegrenzter Teil des Vergabekammerausspruchs zur Hauptsache. 7

B. Der Rechtsbehelf der Beigeladenen bleibt in der Sache aber erfolglos. Die Vergabekammer hat der Antragsgegnerin mit Recht aufgegeben, das Angebot der Beigeladenen bei der vorzunehmenden (neuen) Wertung außer Betracht zu lassen. Das Angebot der Beigeladenen ist gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b), 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A 2. Abschnitt auszuschließen. 8

1. Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A 2. Abschnitt sind (u.a.) Angebote, die den Anforderungen des § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A 2. Abschnitt nicht genügen - d.h. die die Preise und die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten sonstigen Erklärungen nicht enthalten - von der Wertung auszuschließen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, NZBau 2003, 293, 295/296; VergabeR 2003, 558, 560) handelt es sich um einen zwingenden Ausschlussgrund. Der Auftraggeber hat kein Recht zu einer wie auch immer gearteten 9

großzügigen Handhabe, sondern muss das betreffende Angebot aus der Wertung nehmen. Das gilt ohne Rücksicht darauf, dass § 21 Nr. 1 Satz 3 VOB/A 2. Abschnitt lediglich als Sollvorschrift formuliert ist. § 97 Abs. 1 und 2 GWB verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber zu einem transparenten und auf der Gleichbehandlung aller Bieter beruhenden Vergabeverfahren. Ein solches transparentes und auf Gleichbehandlung bedachtes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn ausschließlich solche Angebote gewertet werden, die in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbar sind. Dementsprechend ist der Ausschlussgrund des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A 2. Abschnitt nicht erst dann gegeben, wenn das betreffende Angebot im Ergebnis mit den anderen abgegebenen Angeboten nicht verglichen werden kann. Zum Ausschluss des Angebots zwingt vielmehr bereits, dass Angaben und Erklärungen fehlen, die der Auftraggeber in seinen Ausschreibungsunterlagen zulässigerweise gefordert hat und die infolge dessen als Umstände ausgewiesen sind, die für die Vergabeentscheidung relevant sein sollen. Zu den Erfordernissen eines wertbaren Angebots gehört es deshalb auch, dass jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag angegeben wird, der für die betreffende Leistung beansprucht wird (BGH, VergabeR 2003, 558, 560).

Der Senat hat sich dieser höchstrichterlicher Rechtsprechung bereits angeschlossen (Beschl. v. 30.7.2003 - Verg 32/03 Umdruck Seite 5) und seine bisherige Judikatur, wonach der Ausschluss eines unvollständigen Angebots nur dann in Betracht komme, wenn es aufgrund der fehlenden Angaben für eine ordnungsgemäße Wertung ungeeignet sei oder dem Bestellerwillen des Auftraggebers nicht mehr entspreche (VergabeR 2002, 528, 532), aufgegeben. 10

2. Nach den dargestellten Rechtsgrundsätzen muss das Angebot der Beigeladenen von der Wertung ausgeschlossen werden. Denn es ermangelt in Position 10.60.0002 des Leistungsverzeichnisses (*"Wirtschaftswegbrücke Stahlbeton"*) der nach den Ausschreibungsbedingungen der Antragsgegnerin geforderten Preisangabe. Die Beigeladene räumt ein, dass ihr Preiseintrag *"1 EUR"* die mit der Bereitstellung der Wirtschaftswegbrücke verbundenen und von ihr auch kalkulierten Kosten nicht zutreffend ausweist, weil die Aufwendungen für die betreffende Leistungsposition bei anderen Kostenpositionen mit eingestellt worden sind. Sie hat dazu im Senatstermin ergänzend ausgeführt, dass sie die Bereitstellung der Wirtschaftswegbrücke tatsächlich mit einem Kostenbetrag von rund 140.000 EUR veranschlagt habe. Bei dieser Sachlage ist die Vergabekammer mit Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass das Angebot der Beigeladenen bei Position 10.60.0002 des Leistungsverzeichnisses nicht die geforderte Preisangabe enthält und es aufgrund dieser Unvollständigkeit zwingend von der Wertung auszuschließen ist. 11

Auf den von der Vergabekammer in diesem Zusammenhang erörterten Umstand, dass die Beigeladene in ihrem Angebot nicht aufdeckt hat, dass sie die Brückenkosten tatsächlich mit einem höheren als den ausgewiesenen Betrag kalkuliert hat, kommt es dabei nicht einmal entscheidend an. Ein Hinweis im Angebot der Beigeladenen, dass die Kosten für die Bereitstellung der Wirtschaftswegbrücke bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses eingeflossen seien, ändert nämlich nichts an der Tatsache, dass die Preisangabe *"1 EUR"* nicht die für die Zurverfügungstellung einer Wirtschaftswegbrücke kalkulierten Kosten der Beigeladenen wiedergibt, das Angebot in diesem Punkt folglich der geforderten - zutreffenden - Preisangabe entbehrt und es wegen dieser Unvollständigkeit gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b), 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A 2. Abschnitt ausgeschlossen werden muss (vgl. BGH, VergabeR 2003, 558, 560). Ob die Rechtslage anders zu beurteilen ist, wenn die Beigeladene im Angebot die von ihr in Wahrheit kalkulierten Kosten der 12

Wirtschaftswegbrücke offengelegt und überdies klargestellt hätte, in welche anderen Leistungspositionen diese Kosten mit welchen Teilbeträgen eingeflossen sind, kann auf sich beruhen. Denn das Angebot der Beigeladenen enthält diesbezüglich Angaben nicht. Dass die Beigeladene der Antragsgegnerin diese Informationen in einem Aufklärungsgespräch nach Ablauf der Angebotsabgabefrist erteilt hat, ist rechtlich ohne Belang. Denn nach den Vorgaben der Verdingungsunterlagen waren die kalkulierten Kosten der Wirtschaftswegbrücke schon im Angebot selbst offen zu legen.

3. Die Beigeladene kann dem Ausschluss ihres Angebots nicht mit Erfolg den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter (§ 97 Abs. 1 GWB) entgegen halten. 13

a) Das Angebot der Antragstellerin muss nicht in gleicher Weise wie ihr eigenes Angebot wegen unzutreffender Preisangaben von der Wertung ausgeschlossen werden. Zwar hat die Antragstellerin im Verhandlungstermin des Senats eingeräumt, dass ihr Angebot bei einigen Leistungspositionen ebenfalls Preise von einem Euro oder weniger ausweist. Sie hat dazu aber vorgetragen, dass es sich bei diesen Preisangaben um ernstgemeinte, wahre Preisangaben handelt, sie also die betreffenden Leistungen tatsächlich zu den jeweils ausgewiesenen Einheitspreisen auch kalkuliert und die Kosten der Leistungserbringung nicht - wie die Beigeladene - in andere Positionen des Leistungsverzeichnisses habe einfließen lassen. 14

b) Die Ausführungen der Antragsgegnerin in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 17. November 2003 ziehen die Richtigkeit dieses Sachvortrags nicht in Zweifel. Die Antragsgegnerin macht insoweit geltend, die Antragstellerin habe bei zahlreichen Positionen des Leistungsverzeichnisses Einheitspreise von lediglich 0,01 EUR ausgewiesen. Jenen Positionen stünden in der Summe Leistungen mit einem Gegenwert von mehreren zehntausend Euro gegenüber. Bei einer zutreffenden Angebotskalkulation habe die Antragstellerin für jene Leistungen zumindest ihren eigenen Kostenaufwand veranschlagen und gleichzeitig darauf achten müssen, dass dieser Kostenaufwand von ihrer Gewinnmarge gedeckt werde. Wenn die Antragstellerin in ihrem Angebot gleichwohl diese Leistungspositionen mit Einheitspreisen von nur 0,01 EUR ausweise, lasse dies darauf schließen, dass die auf jene Leistungen entfallenden Kosten in andere Positionen des Leistungsverzeichnisses einkalkuliert worden seien. 15

Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Angesichts einer Gesamtangebotssumme der Antragstellerin von rund 5,2 Mio. EUR brutto lässt die Tatsache, dass einzelne Positionen der Leistungsbeschreibung im Wert von einigen zehntausend Euro praktisch ohne Vergütung erbracht werden sollen, nicht den Schluss zu, die betreffenden Leistungen müssten entgegen der ausdrücklichen Erklärung der Antragstellerin anderwärts einkalkuliert worden sein und würden von der Antragstellerin nicht zu den im Leistungsverzeichnis ausgewiesenen Einheitspreisen erbracht. 16

4. Die Beigeladene kann sich ebensowenig auf den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes berufen. 17

Sie hat dazu im Senatstermin vorgetragen, die Antragsgegnerin habe die - nunmehr zum Angebotsausschluss führende - Verfahrensweise in ständiger Praxis geduldet und es bislang unbeanstandet hingenommen, wenn der Bieter die Kosten einzelner Leistungspositionen bei den Kostenansätzen anderer Positionen des Leistungsverzeichnisses mit einstellt und dies in einem Aufklärungsgespräch nach Ablauf der Angebotsabgabefrist aufdeckt. Die Antragsgegnerin hat sich in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 17. November 2003 diesem Standpunkt angeschlossen und ergänzend auf Ziffer 3.3 der 18

Bewerbungsbedingungen hingewiesen. Diese Vergabebedingung lautet: "*Das Angebot muss vollständig sein. Unvollständige Angebote können ausgeschlossen werden.*" Hierdurch sei - so meint die Antragsgegnerin - ebenfalls ein berechtigtes Vertrauen der Bieter geschaffen worden, dass fehlende oder unzureichende Preisangaben nicht zwingend zum Angebotsausschluss führen.

a) Die Beigeladene kann aus der behaupteten ständigen Übung der Antragsgegnerin keine für sie günstigen Rechtsfolgen ableiten. 19

Nach der Rechtsprechung des Senats ist das Vertrauen auf die Beibehaltung eines vergaberechtswidrigen Vorgehens des öffentlichen Auftraggebers rechtlich nicht schützenswert und deshalb schon aus Rechtsgründen nicht anzuerkennen ist (Beschl. v. 14.8.2003 - Verg 46/03 Umdruck Seite 5; Beschl. v. 28.5.2003 - Verg 8/03 Umdruck Seite 4/5). Ein rechtlich relevantes Vertrauen der Beigeladenen kommt deshalb von vornherein nur in Betracht, wenn es sich bei der geltend gemachten Praxis der Antragsgegnerin um ein vergaberechtlich zulässiges Verhalten handelt. Dies ist nicht der Fall. 20

Die Handhabung der Antragsgegnerin versetzt die Bieter in die Lage, ihr Angebot nachträglich abzuändern und hierdurch Einfluss auf das Wertungsergebnis zu nehmen. Das verdeutlicht gerade auch der Streitfall. Die Beigeladene hat im Senatstermin eingeräumt, dass sie die mit rund 140.000 EUR kalkulierten Kosten der Wirtschaftswegbrücke (u.a.) in die Leistungsposition "*Baustelleneinrichtung*" eingerechnet hat. Die Position "*Baustelleneinrichtung*" wiederum beeinflusst das Wertungsergebnis. Während auf diese Leistungsposition nämlich vom Auftraggeber üblicherweise - und so auch hier - Abschlagszahlungen gezahlt werden, ist das Entgelt für die Wirtschaftswegbrücke nicht vor deren Fertigstellung zu entrichten. Diesem Gesichtspunkt kommt bei der Zuschlagsentscheidung zwischen zwei ansonsten gleichen Angeboten auch entscheidendes Gewicht zu. Denn ein Angebot mit einer geringeren Abschlagszahlungslast ist für den öffentlichen Auftraggeber wirtschaftlicher (§ 97 Abs. 5 GWB) als ein vergleichbares Angebot mit einer höheren Abschlagszahlungspflicht. Das bedeutet, dass ein Bieter das Wertungsergebnis zu seinen Gunsten beeinflussen kann, indem er seine Preiskalkulation im nachhinein anders darstellt, als sie dem Angebot tatsächlich zugrunde liegt. Teilt er dem Auftraggeber wahrheitswidrig mit, in die Position "*Baustelleneinrichtung*" seien auch die Kosten anderer Leistungspositionen eingeflossen, kann er die Zuschlagschancen seines Angebots im nachhinein verbessern, weil sich die Abschlagszahlungslast des Auftraggebers vermindert. Umgekehrt kann er sich zu Unrecht Abschlagszahlungen verschaffen, wenn er nach erteiltem Zuschlag die tatsächlich erfolgte Einrechnung anderer Kostenposition in den Ansatz für den Posten "*Baustelleneinrichtung*" nicht aufdeckt. Derartige Manipulationsmöglichkeiten sind mit den Grundsatz eines transparenten und fairen Bieterwettbewerbs (§ 97 Abs. 1 GWB) nicht vereinbar. Sie widersprechen überdies dem Gebot einer Gleichbehandlung aller Bieter (§ 97 Abs. 2 GWB), weil sie denjenigen Bewerber um den Zuschlag benachteiligen, der seine Kostenkalkulation im Angebot zutreffend aufdeckt. 21

b) Aus denselben Erwägungen kann sich die Beigeladene auch nicht mit Erfolg auf Ziffer 3.3 der Bewerbungsbedingungen stützen. 22

Es kann auf sich beruhen, ob durch diese Vergabebestimmung überhaupt ein Bietervertrauen dahin begründet wird, dass auch das Fehlen der nach dem Inhalt der Leistungsbeschreibung zwingend geforderten Preisangaben nicht zwangsläufig den Angebotsausschluss nach sich zieht. Der Begriff "*können*" in Ziffer 3.3 der Bewerbungsbedingungen lässt sich nämlich ohne weiteres auch als der bloße Hinweis der Antragsgegnerin auf ihre Kompetenz verstehen, 23

unvollständige Angebote aus der Angebotswertung herauszunehmen. Letztlich kann die Frage allerdings offen bleiben, ob Ziffer 3.3 der Bewerbungsbedingungen in diesem Sinne mehrdeutig ist. Selbst wenn man der rechtlichen Beurteilung das von der Antragsgegnerin reklamierte Verständnis zugrunde legt, kann die Beigeladene hieraus keine Rechte herleiten. Der von der Antragsgegnerin in diesem Fall erteilte Hinweis an die Bieter, dass der Angebotsausschluss auch dann in ihrem (der Antragsgegnerin) Ermessen stehe, wenn das Angebot zwingend geforderte Angaben nicht enthält, widerspräche der gesetzlichen Regelung in § 97 Abs. 7 GWB i.V.m. §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b), 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A 2. Abschnitt und wäre vergaberechtlich unzutreffend. Aus dem Hinweis könnte folglich allenfalls ein Vertrauen der Bieter in eine - rechtswidrige - Handhabung des Vergaberechts geschaffen worden sein. Ein solches Vertrauen ist indes - wie bereits dargelegt - rechtlich nicht schutzwürdig.

c) Der Senat setzt sich mit dieser Rechtsansicht nicht in Widerspruch zu der Judikatur anderer Oberlandesgerichte. Er weicht auch nicht von der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts ab. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des genannten Gerichts vom 28. Mai 2003 (Verg 6/03 Umdruck Seite 16/17) verweist, lässt sich daraus eine Divergenz nicht begründen. Jener Entscheidung ist nämlich nicht zu entnehmen, dass das Bayerische Oberste Landesgericht ein schutzwürdiges Vertrauen der Bieter auch dann bejaht, wenn die bisherige Handhabung des öffentlichen Auftraggebers vergaberechtlich unzulässig ist. Der von der Antragsgegnerin angeregten Divergenzvorlage an den Bundesgerichtshof (§ 124 Abs. 2 Satz 1 GWB) bedarf es deshalb nicht.

24

II.

25

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich der Beigeladenen auf einer entsprechenden Anwendung des § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 GWB und bezüglich der Antragsgegnerin auf einer analogen Anwendung des § 155 Abs. 2 VwGO (vgl. Senat, NZBau 2001, 165, 166 m.w.N.). Das - über das Rechtsschutzziel der Beigeladenen hinausgehende - Begehren der Antragsgegnerin, den Beschluss der Vergabekammer insgesamt aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin in vollem Umfang abzulehnen, ist als Anschlussbeschwerde zu werten. Die Kosten dieses Anschlussrechtsmittels fallen der Antragsgegnerin zur Last, nachdem diese ihre Anschlussbeschwerde im Senatstermin zurückgenommen hat.

26

Bei der Kostenverteilung hat der Senat berücksichtigt, dass einerseits das mit der Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin verfolgte Rechtsschutzziel erheblich über den Beschwerdeangriff der Beigeladenen hinausgeht, andererseits die Antragsgegnerin ihr Anschlussrechtsmittel im Senatstermin sogleich und ohne eine Verfahrenskosten auslösende Erörterung der Sach- und Rechtslage zurückgenommen hat.

27

III.

28

Die Festsetzung des Beschwerdewertes beruht auf § 12 a Abs. 2 GKG.

29