
Datum: 28.05.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 8/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:0528.VII.VERG8.03.00

Tenor:

I. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg vom 6. Februar 2003 (VK 1-01/2003) wird zurückgewiesen.

II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der dort entstandenen notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

III. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war für die Antragstellerin auch in der Beschwerdeinstanz erforderlich.

IV. Der Beschwerdewert wird auf bis 940.000 EUR festgesetzt.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)

1

I.

2

Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg.

3

A. Die Vergabekammer hat dem Nachprüfungsantrag mit Recht stattgegeben und die Antragsgegnerin verpflichtet, das Angebot der Antragstellerin mit dem am 4. Dezember 2002 nachgereichten Nachunternehmerverzeichnis in die Angebotswertung einzubeziehen. Das hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 20. März 2003, mit dem er den Antrag der Antragsgegnerin auf Vorabgestattung des Zuschlags an die Beigeladene (§ 121 GWB) zurückgewiesen hat, im einzelnen ausgeführt. Die von der Antragsgegnerin dagegen

4

erhobenen Einwendungen geben zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung keinen Anlass. Infolge dessen bleibt auch der nunmehr gestellte Antrag der Antragsgegnerin, festzustellen, dass der aufgrund des Senatsbeschlusses vom 20. März 2003 rückgängig gemachte Angebotsausschluss rechtens gewesen ist, erfolglos.

1. Der Senat hat bereits mit Beschluss vom 20. März 2003 im einzelnen begründet, dass sich 5
jedenfalls unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin wegen des zunächst unausgefüllt nur mit dem Stempelaufdruck "wird nachgereicht" versehenen Nachunternehmerverzeichnisses gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b), 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A von der Wertung auszuschließen, als vergaberechtlich fehlerhaft erweist. Zur Rechtfertigung hat der Senat auf die bisherige jahrelange Praxis der Vergabestelle hingewiesen, Ziffer 6 der "Bewerbungsbedingungen über die Vergabe von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau" (nachfolgend: Bewerbungsbedingungen), in der es heißt:

*"Beabsichtigt der Bieter, Teile der Leistung von Nachunternehmern ausführen zu lassen, 6
muss er in seinem Angebot Art und Umfang der durch Nachunternehmer auszuführenden Leistungen angeben und auf Verlangen die vorgesehenen Nachunternehmer benennen."*

in einer über seinen Wortlaut hinausgehenden Weise gehandhabt und 7
Nachunternehmererklärungen auch dann noch berücksichtigt zu haben, wenn sie nicht bereits dem Angebot beigelegt waren, sondern dort lediglich angekündigt und auf Anforderung der Vergabestelle hin vom Bieter nachgereicht worden sind. Dadurch habe - so hat der Senat weiter ausgeführt - die Vergabestelle beim Bieterkreis, der als Auftragnehmer von Bauleistungen der in Rede stehenden Art (Straßen- und Brückenbau) in Betracht komme - und mithin auch gegenüber der Antragstellerin - den nachhaltigen Eindruck erweckt, dass auch durch jene (letztgenannte) Vorgehensweise dem Erfordernis zur Vorlage eines Nachunternehmerverzeichnisses genügt werden könne. Bei den Bietern sei zugleich ein dahingehendes berechtigtes Vertrauen geschaffen worden. Dieses Vertrauen, dass es nämlich im Sinne der von Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen geforderten Nachunternehmerauskunft (auch) ausreiche, wenn der Bieter die Bekanntgabe der beabsichtigten Nachunternehmerleistungen im Angebot nur ankündige und die Erklärung auf Anforderung später nachreiche, müsse die Vergabestelle redlicherweise gegen sich gelten lassen. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) - der als allgemeiner Rechtsgedanke auch im Vergaberecht gelte - sei es ihr mithin verwehrt, sich ohne eine entsprechende (rechtzeitige) Vorankündigung gegenüber dem Bieterkreis nunmehr auf den Wortlaut der Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen zu berufen und - in Widerspruch zu ihrer bisherigen Vergabepaxis - das Angebot der Antragstellerin deshalb als unvollständig zu betrachten, weil die Nachunternehmererklärung nicht beigelegt, sondern nur angekündigt gewesen ist.

2. An dieser rechtlichen Beurteilung hält der Senat fest. Die von der Antragsgegnerin 8
vorgebrachten Einwände greifen nicht durch.

a) Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, auf den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes dürfe 9
im Vergabeverfahren nicht abgestellt werden, weil jeder Bieter nach § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch auf Einhaltung der Vergabebestimmungen habe und nach § 97 Abs. 2 GWB alle Bieter gleich zu behandeln seien. Dies schließe es für den öffentlichen Auftraggeber aus, einen bestimmten Bieter zu bevorzugen, selbst wenn er in der Vergangenheit gegen Vergaberecht verstoßen und dadurch ein Vertrauen in eine bestimmte Handhabung oder Anwendung der Verdingungsunterlagen geschaffen habe.

Dem vermag der Senat nicht beizutreten. Schon der Ausgangspunkt der Argumentation trifft nicht zu. Die Antragsgegnerin hat dadurch, dass sie es den Bietern in der Vergangenheit gestattet hat, die geforderte Nachunternehmererklärung auf Anforderung nachzureichen, nicht gegen Vergaberecht verstoßen. Durch ihre langjährige und gegenüber allen Bieter gleichermaßen praktizierte Übung, ein im Angebot nur angekündigtes Nachunternehmerverzeichnis nachzufordern und das nachgereichte Verzeichnis als einen wirksamen Bestandteil des Angebots zu behandeln, hat die Antragsgegnerin ein schutzwürdiges Vertrauen geschaffen, dass auch jene Vorgehensweise - über den Wortlaut von Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen hinaus - den Anforderungen zur Vorlage einer Nachunternehmererklärung genügt. Die Rechtslage ist insoweit nicht anders zu beurteilen, als wenn die Antragsgegnerin in ihren Bewerbungsbedingungen ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt hätte, die zunächst nur angekündigte Nachunternehmererklärung auf Anforderung nachzureichen. Gegen eine solche Vorgabe bestehen vergaberechtlich keine Bedenken. Dem Auftraggeber steht es frei, ob er die Nachunternehmererklärung bereits zusammen mit dem Angebot fordert oder ob er deren Vorlage auch noch in einem späteren Stadium des Vergabeverfahrens zulässt. Zwar kann - worauf die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang hinweist - eine dem Angebot nachfolgende Erklärung vom Bieter dazu genutzt werden, den Umfang und/oder den Gegenstand des Nachunternehmereinsatzes anders als ursprünglich vorgesehen zu deklarieren. Das alleine rechtfertigt indes nicht anzunehmen, dem Auftraggeber sei es vergaberechtlich verboten, den Bietern die Nachreichung des Nachunternehmerverzeichnisses zu gestatten.

Nach alledem kann im Streitfall aus der Bindung der Antragsgegnerin an die Vergabebestimmungen (§ 97 Abs. 7 GWB) und das von ihr zu beachtende Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter (§ 97 Abs. 2 GWB) gerade nicht abgeleitet werden, dass der Antragstellerin die nachträgliche Vorlage der Nachunternehmererklärung versagen werden muss. Aufgrund ihrer langjährigen Übung ist die Antragsgegnerin im Gegenteil dazu gehalten, das von der Antragstellerin im berechtigten Vertrauen auf die bisherige Vergabepaxis nachgereichte Nachunternehmerverzeichnis zu berücksichtigen.

11

b) Auch der weitere Einwand der Antragsgegnerin, dass die Vergabebedingungen wegen der unbestimmten Zahl ihrer Adressaten nicht nach den Verständnismöglichkeiten einzelner Bieter ausgelegt werden können, ist nicht stichhaltig.

12

Es kann auf sich beruhen, ob der gedankliche Ansatz der Antragsgegnerin zutrifft, Verdingungsunterlagen seien grundsätzlich nicht nach dem Empfängerhorizont einzelner Bieter, sondern nach dem objektiv zu ermittelnden Verständnis aller in Betracht kommenden Bieter auszulegen. Bei einer solchen Sichtweise bleiben nämlich die rechtlich schutzwürdigen Belange jener (einzelnen) Bieter unberücksichtigt, die den Verdingungsunterlagen mit Recht einen bestimmten (vom objektiven Erklärungswert abweichenden) Inhalt beimessen. Hierfür ist weder eine sachliche Rechtfertigung noch eine zwingende Notwendigkeit zu erkennen. Näher dürfte es liegen, das Risiko unterschiedlicher Auslegungsergebnisse dem öffentlichen Auftraggeber zuzuweisen. Hat dieser durch sein Verhalten gegenüber einzelnen Bietern Anlass zu einem über den objektiven Erklärungswert hinausgehenden Verständnis seiner Verdingungsunterlagen gegeben, dürften ihm auch die daraus resultierenden Nachteile - dass er nämlich im Ergebnis unter Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (§ 97 Abs. 2 GWB) nicht gegenüber allen Bietern dieselben Vergabebedingungen verwendet - zuzuweisen sein.

13

Letztlich bedarf diese Rechtsfrage vorliegend allerdings keiner Entscheidung. Im Streitfall bestanden für alle Bieter, denen die - erstmals in Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen

14

enthaltene - Anforderung des Nachunternehmerverzeichnisses bekannt gegeben worden ist, dieselben Verständnismöglichkeiten. Die Antragstellerin hat im Beschwerdeverfahren unwidersprochen vorgetragen, dass die Antragsgegnerin in der Vergangenheit gegenüber allen für eine Auftragsvergabe in Betracht kommenden Unternehmen - und mithin auch gegenüber sämtlichen Firmen, die aufgrund der Vergabebekanntmachung bei der Antragsgegnerin die streitbefangenen Angebotsunterlagen angefordert haben - die nachträgliche Vorlage der Nachunternehmererklärung zugelassen habe. Es kann deshalb ausgeschlossen werden, dass Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen in Bezug auf die Möglichkeit zur nachträglichen Vorlage des Nachunternehmerverzeichnisses von denjenigen Unternehmen, denen die Verdingungsunterlagen übersandt worden sind, in einem unterschiedlichen Sinne verstanden werden konnte.

c) Die Antragsgegnerin meint überdies, das Angebot der Antragstellerin müsse in jedem Falle deshalb von der Wertung ausgeschlossen werden (§§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b), 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A), weil das Nachunternehmerverzeichnis auch in der nachgereichten Form unvollständig sei und mithin nicht den gestellten Vorgaben genüge. Es fehle - so meint die Antragsgegnerin - die Angabe der Ordnungsziffern des Leistungsverzeichnisses, zu deren Erbringung ein Nachunternehmer eingeschaltet werden solle. 15

Auch diesem Standpunkt ist nicht zuzustimmen. Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen verpflichtet die Bieter lediglich, "*Art und Umfang der durch Nachunternehmer auszuführenden Leistungen an(zu)geben*". Lassen sich die beabsichtigten Nachunternehmerarbeiten unzweideutig durch eine (schlagwortartige) Beschreibung der betreffenden Leistungen bezeichnen, ist es folglich nicht erforderlich, dass die dem Nachunternehmer vorbehaltenen Arbeiten zusätzlich den betreffenden Ordnungsziffern des Leistungsverzeichnisses zugeordnet werden. So liegt der Fall auch hier. Die Antragsgegnerin macht selbst nicht substantiiert geltend, dass die Beschreibung der von der Antragstellerin beabsichtigten Nachunternehmerarbeiten ("*Statik - Rub`s*", "*Statik- Brücken*", "*Isolierungen*", "*Fräsarbeiten*", "*Schutzplanken*", "*Verkehrssicherung*", "*Vertrieb*" und "*Zaunanlagen*") nicht hinreichend bestimmt und eindeutig sind. Dazu ist auch sonst nichts ersichtlich. Mithin genügt die von der Antragstellerin abgegebene Nachunternehmererklärung inhaltlich den Anforderungen der Bewerbungsbedingungen. Dass das Formular, welches die Antragsgegnerin zur Abgabe der Nachunternehmererklärung den Angebotsunterlagen beigefügt hat, neben der Rubrik "*Beschreibung der Teilleistung*" auch eine Spalte "*OZ*" vorsieht, führt zu keinem anderen Ergebnis. Daraus lässt sich nämlich nicht - zumindest nicht mit der für einen Angebotsausschluss notwendigen Klarheit und Eindeutigkeit - entnehmen, die nach Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen geforderte Bekanntgabe von "*Art und Umfang*" der Nachunternehmerleistungen müsse zwingend dadurch erfolgen, dass die vom Nachunternehmer auszuführenden Arbeiten (auch) den jeweiligen Ziffern des Leistungsverzeichnisses zugeordnet werden. 16

B. Die Antragsgegnerin begehrt mit ihrer Beschwerde hilfsweise die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags. Zur Begründung verweist sie auf den Nachprüfungsantrag eines anderen Bieters, der sich gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die hiesige Antragstellerin wendet. In jenem Nachprüfungsverfahren wird geltend gemacht, dass das Angebot der Antragstellerin von der Wertung ausgeschlossen werden müsse. Ausgangspunkt ist dabei die Tatsache, dass die - als Bietergemeinschaft aus den Firmen H..., R..., K... und Z... gebildete - Antragstellerin des hiesigen Verfahrens ein Angebot für die Lose 1 und 2 abgegeben hat, ferner die aus den Firmen H..., R... und K... gebildete Bietergemeinschaft ein weiteres Angebot zu Los 1 und schließlich die Firma Z... ein Angebot zu Los 2 abgegeben hat. Unter Bezugnahme auf die in Ablichtung vorgelegte Antragschrift zu jenem 17

Nachprüfungsverfahren macht die Antragsgegnerin im vorliegenden Verfahren geltend, der Antragstellerin fehle als chancenlose Bieterin die Antragsbefugnis zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens (§ 107 Abs. 2 Satz 2 GWB).

Auch dieser Einwand bleibt erfolglos. Nach dem Sach- und Streitstand des vorliegenden Verfahrens lässt sich nicht feststellen, dass das Angebot der Antragstellerin von der Wertung ausgeschlossen werden muss. 18

1. Der Angebotsausschluss der Antragstellerin wird zum einen mit dem Argument begründet, dass nach den Verdingungsunterlagen eine Angebotsabgabe entweder nur für die gesamte Baumaßnahme (Lose 1 und 2) oder für die Lose 1 oder 2 zugelassen war. Gegen diese Vorgabe werde - so meint die Antragsgegnerin - verstoßen, wenn beispielsweise die Firma Z... als Einzelunternehmen ein Angebot für Los 2 und darüber hinaus als Mitglied der Antragstellerin ein weiteres Angebot für die Lose 1 und 2 abgebe. 19

Dem ist nicht zuzustimmen. Eine Identität der Bieter liegt nicht vor. In dem einen Fall ist Bieterin die Firma Z.. als Einzelunternehmen, in dem anderen Fall hat die Antragstellerin als eine aus insgesamt vier Unternehmen gebildete Bietergemeinschaft ein Angebot abgegeben. Dass gleichwohl auch eine solche Angebotsabgabe nach den Vergabebedingungen der Antragsgegnerin ausgeschlossen sein sollte, ist nicht festzustellen. Dazu trägt weder die Antragsgegnerin etwas vor noch ist dies sonst ersichtlich. 20

2. Der Angebotsausschluss lässt sich auch nicht mit dem Hinweis darauf begründen, es werde einer Preisabsprache Vorschub geleistet. Jedenfalls in Fällen der vorliegenden Art, in denen das Einzelunternehmen nur zu denjenigen Leistungsteilen ein separates Angebot abgibt, die ihm auch im Rahmen der Bietergemeinschaft zufallen, wird nicht die Gefahr begründet, dass mehrere Bieter ihre Angebotspreise absprechen oder aufeinander abstimmen. Vor diesem Hintergrund ist auch der Vorwurf, den Mitgliedern der antragstellenden Bietergemeinschaft seien ihre jeweiligen Angebotspreise bekannt gewesen, nicht stichhaltig. Dass die Firma Z... die "Preise" der Firmen H..., R... und K... für die Leistungen des Loses 1 kannte, die in den Angebotspreis der Antragstellerin eingeflossen sind, hat nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung geführt. Denn Z... hat gerade kein Angebot für Los 1 abgegeben. Umgekehrt ist die Kenntnis der Firmen H..., R... und K... vom "Preis" der Firma Z... für die Leistungen des Loses 2 unschädlich, weil jene erstgenannten Unternehmen kein Angebot für Los 2 abgegeben haben. 21

3. Es trifft auch nicht zu, dass aufgrund der geschilderten Angebotslage der Antragsgegnerin letztlich von einem Bieter dieselbe Leistung zu unterschiedlichen Preisen angeboten worden seien. Gegenstand des Angebots der Antragstellerin war die gesamte ausgeschriebene Bauleistung, Gegenstand des Angebots der Bietergemeinschaft "H..., R... und K..." waren die Arbeiten gemäß Los 1 und Gegenstand des Angebots der Firma Z... war schließlich das Los 2. Von keinem der genannten Bieter (Antragstellerin, Bietergemeinschaft "H..., R... und K...", Firma Z...) liegen mehrere Angebote vor und keiner der drei Bieter hat ein und dieselbe Leistung zu unterschiedlichen Preisen angeboten. 22

II. 23

Die Kostenentscheidung ergeht in entsprechender Anwendung des § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 GWB. 24

III. 25

26

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

