
Datum: 18.07.2005
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 39/05
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2005:0718.VII.VERG39.05.00

Tenor:

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 6. Juni 2005 (VK 3 - 43/05) zu verlängern, wird zurückgewiesen.

Der Beschluss des Senats vom 7. Juli 2005 ist gegenstandslos.

Die Antragstellerin wird aufgefordert, sich bis zum 15. August 2005 zu erklären, ob und gegebenenfalls mit welchen Anträgen das Rechtsmittel aufrechterhalten bleibt.

Die Antragsgegnerin wird aufgefordert, eine etwaige Vergabe des Auftrags durch Vorlage geeigneter Unterlagen nachzuweisen.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)

1

A. Die Antragsgegnerin vergab zu einem Auftragswert von mehr als 5 Millionen Euro das Bauvorhaben "Revitalisierung des Haupthauses der Kreditanstalt für Wiederaufbau (Frankfurt am Main)" nach europaweiter Ausschreibung im offenen Verfahren an die W... AG als Generalunternehmerin. Nachdem dieses Unternehmen Anfang Februar 2005 einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellte, kündigte die Antragsgegnerin den Bauvertrag gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A.

2

Zur Fortführung des Bauvorhabens schrieb die Antragsgegnerin die von der W... AG und ihren Subunternehmern noch nicht erbrachten Leistungen teilweise neu aus. Die Gewerke

3

Elektrotechnik Starkstromtechnik und Schwachstromtechnik sollten nach § 3 a Nr. 5 lit. d) VOB/A wegen besonderer Dringlichkeit im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung vergeben werden, um Verzögerungen bei der Fertigstellung teilweise bereits ausgeführter Leistungen und bei den Folgegewerken entgegenzuwirken. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist (nur) die das Gewerk Starkstromtechnik betreffende Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin.

Die Vergabe sollte ausweislich des Vergabevermerks in der - von der Antragstellerin im Übrigen nicht beanstandeten - Weise erfolgen, dass mit fünf, vom Fachplaner der Antragsgegnerin (T.. GmbH) als geeignet vorgeschlagenen Bietern Sonderungsgespräche geführt werden sollten. Nach weiterer Abstimmung zog die Antragsgegnerin jene fünf Unternehmen zur Abgabe von Angeboten heran. Hiervon reichten nur die Antragstellerin und die Beigeladene Angebote ein. Nach Sondierungsgesprächen forderte die Antragsgegnerin beide Verfahrensbeteiligte mit Schreiben vom 6.4.2005 zur Abgabe eines "Gesamtangebots" auf, welches in die drei Teile

- Teil 1 Haupt-Leistungsverzeichnis (Haupt-LV), 5
- Teil 2 Zusatz-Leistungsverzeichnis (Zusatz-LV) und 6
- Teil 3 Mehr-/Minderliste (diese wurde als Formular mit übersandt) 7

gegliedert sein und bis zum 11.4.2005 vorgelegt werden sollte. 8

Die Antragstellerin fügte ihrem am 11.4.2005 eingereichten Gesamtangebot die Mehr-/Minderliste nicht bei, sondern reichte auf Anforderung des Fachplaners der Antragsgegnerin einen Tag später eine nach eigenem Muster errichtete Aufstellung nach. Danach verhandelte die Antragsgegnerin nur noch mit der Beigeladenen, zumal diese preisgünstiger angeboten hatte als die Antragstellerin. 9

Auf die Bieterinformation, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilen zu wollen, stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag. Die Vergabekammer wies diesen Antrag mit der Begründung zurück, die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB). Sie habe nämlich keine Chance auf einen Zuschlag, da ihr Angebot unvollständig sei und wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen von einer Wertung zwingend auszuschließen sei. 10

Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit sofortiger Beschwerde, mit der sie beantragt, die aufschiebende Wirkung ihres Rechtsmittels zu verlängern. 11

Die Antragsgegnerin tritt diesem Antrag, dem der Senat durch Beschluss vom 7.7.2005 zur Sicherung des Primärrechtsschutzes der Antragstellerin einstweilen (und bis zur abschließenden Entscheidung über den Eilantrag) stattgegeben hat, entgegen. 12

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze und auf die mit diesen vorgelegten Unterlagen Bezug genommen. 13

B. Der gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB zulässige Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern, hat keinen Erfolg. Die sofortige Beschwerde ist - gemessen an dem an die angegriffene Entscheidung der Vergabekammer im Eilverfahren nach § 118 GWB anzulegenden Kontrollmaßstab einer summarischen Überprüfung - aller Voraussicht nach unbegründet. In solchen Fällen ist dem Antragsteller eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde zu 14

versagen.

I. Die Antragstellerin beanstandet zu Unrecht, die Eignung der Bieter, namentlich die Eignung der Beigeladenen, sei von der Antragsgegnerin nicht überprüft worden. Die Eignungsprüfung ist von der Antragsgegnerin - wie in einem Teilnahmewettbewerb - der Einholung der Angebote vorgeschaltet worden. Sie hat sich vom Fachplaner T... GmbH fünf Unternehmen, mit denen Verhandlungen aufgenommen werden konnten, vorschlagen lassen. Anschließend hat sich die Antragsgegnerin - was sich im Vergabevermerk auf S. 4 dokumentiert findet - ergänzende Informationen über die genannten Unternehmen erteilen lassen. Der Vergabevermerk weist aus, dass die Antragsgegnerin sich dem vom Fachplaner (im Zusammenwirken mit dem Generalplaner RKW) erarbeiteten Vorschlag, jene fünf Unternehmen zur Abgabe von Angeboten zuzulassen, angeschlossen und sich diesen zu eigen gemacht hat. Bei dieser Sachlage kann nicht davon gesprochen werden, sie habe die Eignung der als Bieter zum Verfahren zugezogenen Unternehmen weder geprüft noch darüber entschieden. Die Einzelheiten der Wertung mussten im Vergabevermerk nicht niedergelegt werden. 15

Die Eignung der Beigeladenen, den in Rede stehenden Auftrag ordnungsgemäß auszuführen, wird von der Antragstellerin zu Unrecht angegriffen. Die Beigeladene will bei der einzusetzenden sog. LON-Steuerungstechnik einen Nachunternehmer einsetzen. Dies ist ihr zu gestatten (vgl. EuGH, Urt. v. 14.4.1995 - Rs. C-389/93, Slg. 1994, I-1289 - Ballast Nedam Groep I; Urt. v. 18.12.1997 - Rs. C-5/97, Slg. I-7549 - Ballast Nedam Groep II; Urt. v. 2.12.1999 - Rs. C-176/98, EzZW 2000, 110 = NZBau 2000, 149 - Holst Italia; Urt. v. 18.3.2004 - Rs. C-314/01, NVwZ 2004, 967 = VergabeR 2004, 465 - Siemens, ARGE Telekom). Der Einsatz von Nachunternehmern war durch die Verdingungsunterlagen nicht ausgeschlossen. 16

II. Das Angebot der Antragstellerin ist - wie die Vergabekammer mit Recht angenommen hat - zwingend von der Wertung auszunehmen, weil es unvollständig ist und insbesondere nicht lückenlos die von der Antragsgegnerin geforderten Preisangaben enthält. Nach dem nicht misszuverstehenden Schreiben des Fachplaners der Antragsgegnerin (T... GmbH) vom 6.4.2005 hatten die beiden am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter (Antragstellerin und Beigeladene) das Gewerk Starkstromtechnik betreffend bis zum 11.4.2005 ein Gesamtangebot einzureichen. Das Gesamtangebot sollte in die drei Teile "Haupt-Leistungsverzeichnis", "Zusatz-Leistungsverzeichnis" und "Mehr-/Minderliste" gegliedert sein. Das Formular einer "Mehr-/Minderliste" war dem Schreiben vom 6.4.2005 "mit der Bitte um Bepreisung" (und selbstverständlich: Einreichung) beigelegt. Mit Hilfe der Mehr-/Minderliste sollten die im Laufe der Verhandlungen eingetretenen Änderungen aufgegriffen und die Angebote miteinander vergleichbar gemacht werden. Durch den abschließenden Satz im Schreiben vom 6.4.2005: 17

Da von Seiten der KfW auf ein weiteres Sondierungsgespräch / Vergabegespräch verzichtet wird, bitten wir um Ihr äußerstes Angebot zu dem genannten Termin, 18

stellte der Fachplaner der Antragsgegnerin klar, dass das Vorhaben bestand, nach Ablauf der genannten Frist anhand der vorliegenden Unterlagen eine abschließende Vergabeentscheidung zu treffen. Es besteht kein Zweifel daran, dass das Schreiben des Fachplaners vom 6.4.2005 mit der Antragsgegnerin abgestimmt war und ihrem Willen entsprach. Gegenvorstellungen hat die Antragstellerin insoweit nicht erhoben. 19

Die Antragstellerin hat bis zum 11.4.2005 ein Gesamtangebot vorgelegt, das - bezogen auf das Haupt-Leistungsverzeichnis, das Zusatz-Leistungsverzeichnis und die Mehr-/Minderliste - 20

zwar die Angebotsendsummen enthielt, dem die sog. Mehr-/Minderliste selbst jedoch nicht beigelegt war. Die auf Anforderung des Fachplaners von der Antragstellerin einen Tag später vorgelegte Mehr-/Minderliste war nicht - wie das übersandte Formular allerdings vorgab - rechtsverbindlich unterschrieben. Zudem fehlten bei mindestens fünf Positionen die geforderten Preisangaben (Pos. 001.01.0120 bis 01.01.0124 - entsprechend lfd. Nr. 12 der Mehr-/Minderliste Starkstromtechnik; vgl. dazu auch den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer S. 4, 10). Dieser Sachverhalt zwingt gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b, § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A dazu, das Angebot der Antragstellerin aus der Wertung zu nehmen. Das Angebot der Antragstellerin war in dem die Mehr-/Minderliste betreffenden Teil weder unterzeichnet (§ 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/A) noch enthielt es vollständig die geforderten Preisangaben (§ 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A). Darüber hinaus war das Gesamtangebot bis zum festgelegten Abgabetermin nur unvollständig, nämlich ohne die Mehr-/Minderliste und ohne die darin geforderten Erklärungen, bei der Antragsgegnerin eingegangen (§ 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A). Die im Begleitschreiben der Antragstellerin vom 21.3.2005 (bei der Antragsgegnerin eingereicht am 11.4.2005) enthaltene Bemerkung:

Wir bestätigen die Anerkennung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen
Leistungspositionen, 21

ist nicht geeignet, die vorhandenen Erklärungslücken zu schließen. Die Bestätigung der
Antragstellerin bezieht sich nicht auf die geforderte Mehr-/Minderliste, da diese den
Positionen des Leistungsverzeichnisses gerade nicht entsprach. Genauso wenig ersetzt die
pauschale Bestätigung die ausweislich der Mehr-/Minderliste verlangten individuellen
Erklärungen. 22

Die Vorschriften der §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 und 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sind grundsätzlich auch im
Verhandlungsverfahren anzuwenden, sofern dieses einen öffentlichen Bauauftrag betrifft,
dessen Wert den Schwellenwert erreicht oder übersteigt und der Auftrag dem
Vergaberechtsregime unterliegt (vgl. Senat, Beschl. v. 28.4.2004 - VII-Verg 2/04, Umdruck S.
8, für den Anwendungsbereich der VOL/A). Dies hat jedenfalls in einem Fall wie dem
vorliegenden zu gelten, in dem der Auftraggeber in Bezug auf die mit dem Angebot
einzureichenden Erklärungen, Preisangaben und Unterschriften bestimmte Forderungen stellt
und den Bietern zur Vorlage von Angeboten eine klare Frist setzt. 23

III. Ist das Angebot des Antragstellers von der Wertung auszuschließen, kann der weitere
Fortgang des Vergabeverfahrens grundsätzlich weder seine Interessen berühren noch kann
der Antragsteller durch eine etwaige Nichtbeachtung vergaberechtlicher Bestimmungen in
seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein (vgl. BGH, Beschl. v. 18.2.2003 - X ZB
43/02, NZBau 2003, 293 = VergabeR 2003, 313, 318 - Jugendstrafanstalt). 24

Von diesem Rechtssatz lässt der Senat eine Ausnahme nur in dem Fall zu, in dem der
öffentliche Auftraggeber bei gebührender Beachtung des als verletzt gerügten
Gleichbehandlungsgebots nicht nur das Angebot des Antragstellers, sondern auch das allein
in der Wertung verbliebene Angebot des Beigeladenen (oder alle anderen tatsächlich in die
Wertung gelangten Angebote) hätte ausschließen und (zum Beispiel) ein neues
Vergabeverfahren hätte durchführen müssen. Das Gebot, die Bieter gleich zu behandeln (§
97 Abs. 2 GWB), verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, solche Angebote, die
vergaberechtlich an demselben oder einem gleichartigen Mangel leiden, vergaberechtlich
gleich zu behandeln, d.h. aus dem übereinstimmend vorliegenden Mangel jener Angebote
vergaberechtlich dieselben Konsequenzen zu ziehen (ständige Rspr. des Senats, vgl. zuletzt
OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.12.2004 - VII-Verg 47/04, VergabeR 2005, 195, 198;
BayObLG, Beschl. v. 29.10.2004 - Verg 22/04, VergabeR 2004, 74, 78; Beschl. v. 17.2.2005 - 25

Das Angebot der Beigeladenen genügt indes dem Erfordernis der in der ersten Wertungsphase zu überprüfenden Vollständigkeit, an dem die Antragstellerin gescheitert ist (§ 25 Nr. 1 VOB/A). Es ist nicht von der Wertung auszunehmen. Zwar fehlt in der von der Beigeladenen eingereichten Mehr-/Minderliste Starkstrom eine Angabe zu Mehr- oder Minderkosten zu lfd. Nr. 15. (Umlagekosten). Die Antragsgegnerin hatte unter dieser lfd. Nummer jedoch (nur) darauf hingewiesen: 26

Als Umlagekosten der Baustelle sind 3,8 % der Brutto-Angebotssumme einzukalkulieren. 27

Dazu war die Angabe eines bestimmten Betrages durch die Bieter entbehrlich. Die Berechnungsgrundlagen für die Umlage lagen offen zutage. Den abgeforderten Angebotsendpreisen musste lediglich noch die Umsatzsteuer hinzugesetzt werden. Die Höhe von Umlagekosten konnte anschließend durch einfache Prozentrechnung ermittelt werden. Bei dieser Sachlage ist kein Interesse daran zu erkennen, dass die entsprechende Position der Mehr-/Minderliste von den Bietern durch Einsetzen des Betrages der Umlagekosten ausgefüllt wurde. Diese Angabe war für den Auftraggeber (hier die Antragsgegnerin) objektiv ohne Bedeutung und dazu ohne jegliche Relevanz für den Bieterwettbewerb. Unter diesen (einschränkenden) Voraussetzungen kann auf entsprechende Erklärung im Angebot verzichtet werden (vgl. ebenso BayObLG, Beschl. v. 15.9.2004 - Verg 26/03, VergabeR 2005, 130, 136 - Flachdachabdichtung). 28

Es ist objektiv ebenso wenig veranlasst, das Angebot der Beigeladenen wegen einer unvollständigen Preisangabe zu lfd. Nr. 43 der Mehr-/Minderliste (Datenpunktprüfung) von der Wertung auszunehmen. Zwar hat die Beigeladene ihr Angebot zu den genannten Positionen im Laufe der weiteren Verhandlungen ergänzt und (mit Blick auf eine höhere Zahl zu prüfender Datenpunkte) Mehrkosten genannt. Die Tatsache, den anhand der Zahl von Datenpunkten ermittelten Preis nicht schon in der Mehr-/Minderliste vollständig angegeben zu haben, ist der Antragstellerin im Rahmen der formalen Angebotsprüfung jedoch nicht anzulasten (genauso wenig wie dies der Antragstellerin entgegengehalten worden ist). Unter der genannten Position der Mehr-/Minderliste waren die Kosten einer Überprüfung und Dokumentation sog. Datenpunkte anzugeben. Es sollten nach Vorgabe der Antragsgegnerin "sämtliche" Datenpunkte berücksichtigt werden. Da die Anzahl zu prüfender Datenpunkte nicht exakt festgelegt worden war, waren die Vorgaben der Antragsgegnerin indes unklar und nicht geeignet, in diesem Punkt vergleichbare Angebote hervorzubringen. Sie sind von der Antragstellerin und der Beigeladenen tatsächlich auch in einem unterschiedlichen Sinn verstanden worden. Bei diesem Sachverhalt kann das Angebot der Beigeladenen infolge einer unvollständigen Preisangabe nicht von der Wertung ausgeschlossen werden. Auch in diesem Punkt hatte die Beigeladene ihre Preisangabe im Übrigen so gestaltet, dass für jeden zu prüfenden und zu dokumentierenden Datenpunkt ohne Weiteres ein Einheitspreis und der zutreffende Gesamtpreis errechnet werden konnte. Der Umstand, dass die Beigeladene ihrem Angebot nicht die zutreffende Zahl von Datenpunkten zugrundegelegt hatte, wirkte sich deswegen auf den Wettbewerb nicht aus. Zudem hatte sie für den Auftraggeber objektiv keine Bedeutung. 29

IV. Über weitere das Vergabeverfahren betreffende Beanstandungen der Antragstellerin ist nicht zu entscheiden. Die Antragstellerin kann insoweit nur anders gelagerte Rechtsverstöße beanstanden, deren Überprüfung der Antragstellerin auf der Grundlage der vorstehend (unter III.) dargestellten Rechtssätze auch unter dem Gesichtspunkt der Rüge einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots nicht eröffnet ist. 30

Die Kostenentscheidung ist - auch soweit es das Verfahren nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB betrifft - der Hauptsacheentscheidung vorbehalten.

