
Datum: 12.04.2006
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 4/06
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2006:0412.VII.VERG4.06.00

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 20. Dezember 2005 (VK 2 - 156/05) wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Verfahrens gemäß § 118 Abs. 1 S. 3 GWB einschließlich der in diesen Verfahren der Antragsgegnerin und der Beigeladenen entstandenen notwendigen Aufwendungen zu tragen.

Beschwerdewert: bis 850.000 €

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.) 1

I. 2

Die Antragsgegnerin schrieb die Errichtung von 54 Reihen-Doppelhäusern für Angehörige der US-Streitkräfte und deren Familien europaweit im offenen Verfahren aus. In der preislichen Reihenfolge lag die Beigeladene mit ihrem Angebot an erster, die Antragstellerin an zweiter Stelle. Mit Schreiben vom 11.11.2005 (ASt 3) teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nach § 25 Nr. 1 VOB/A ausgeschlossen werde, weil es die mit dem Formblatt EFB Preis 1 c geforderten Erklärungen nicht enthalte; es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. In einem weiteren Schreiben vom 18.11.2005 (ASt 5) ergänzte die Antragsgegnerin, dass das Angebot der Antragstellerin zudem nicht das wirtschaftlichste sei und die an erster Stelle liegende Beigeladene alle geforderten Bietererklärungen abgegeben habe. 3

Nach erfolgloser Rüge hat die Antragstellerin das vorliegende Nachprüfungsverfahren angestrengt. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin abgelehnt 4

und im Wesentlichen ausgeführt: Das Angebot der Antragstellerin sei zwar nicht wegen fehlender Preisangaben auszuschließen, weil keine Pflicht bestanden habe, das Formblatt EFB-Preis 1 c ausgefüllt einzureichen. Jedoch sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil die Beigeladene ein wirtschaftlicheres Angebot vorgelegt habe.

Dagegen hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde erhoben. Daneben hat sie einen Antrag nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB gestellt, den der Senat mit Beschluss vom 9. Februar 2006 abgelehnt hat. Inzwischen hat die Antragsgegnerin der Beigeladenen den Zuschlag erteilt. Im Hinblick hierauf beantragt die Antragstellerin, 5

festzustellen, dass 6

1. die Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene sie, die Antragstellerin, in ihren Rechten verletzt,

2. das Angebot der Beigeladenen nicht gewertet werden durfte und vom Wettbewerb auszuschließen war, 8

3. sie, die Antragstellerin, ein vollständiges und wertbares Angebot abgegeben hat. 9

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen, 10

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen. 11

Sie treten dem Vorbringen der Antragstellerin im Einzelnen entgegen. 12

II. 13

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat auch mit den zuletzt gestellten Feststellungsanträgen keinen Erfolg. Die Antragstellerin ist nicht in ihren Bieterrechten verletzt. Ihr Angebot war gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b, 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zwingend auszuschließen, weil sie ihm nicht das ausgefüllte Preisblatt EFB-Preis 1 c beigelegt hat. Dies hat der Senat in seinem Beschluss vom 9.2.2006 bereits im Einzelnen ausgeführt; darauf wird Bezug genommen. Das weitere Beschwerdevorbringen rechtfertigt keine andere Entscheidung. Der Senat muss daher nicht mehr abschließend darüber befinden, ob das Vergaberegime der §§ 98 ff GWB eröffnet war, wofür in der gegebenen Fallkonstellation nach den Ausführungen der Vergabekammer allerdings einiges spricht. 14

1. Der Senat bleibt bei seiner Beurteilung, dass die Antragsgegnerin die Angaben des Formblatts EFB-Preis 1 c von den Bietern "gefordert" hat. Letzteres ergab sich aus dem Formblatt selbst, wo – ebenso wie auf den Formblättern EFB-Preis 1 a und b - unmissverständlich angeordnet war: 15

"Das Formblatt ist ausgefüllt mit dem Angebot abzugeben." 16

Das Formblatt EFB-Preis 1 c war von allen Bietern unabhängig davon auszufüllen, ob sie – wie die Antragstellerin – als reine Generalunternehmer tätig werden oder aber einzelne Gewerke selbst ausführen wollten. Dies folgte zweifelsfrei aus der Überschrift des Formblatts EFB-Preis 1 c "Angaben zur Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen bei Leistungen des Ausbaugewerbes". Aus der Überschrift ergab sich ferner, dass das Formblatt nur dann auszufüllen war, wenn ein Bieter die Ausbaugewerke mit vorbestimmten Zuschlägen kalkulierte. Auch dies war bei der Antragstellerin der Fall. 17

2.

a) Die Antragstellerin meint, die Formblätter hätten in einem Alternativverhältnis gestanden, weshalb die Vorlage des ausgefüllten Formblattes EFB-Preis 1 c zumindest nicht eindeutig gefordert gewesen sei. Dem folgt der Senat nicht. 19

Das Formblatt EFB 1 a trug die Überschrift "Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen", das Formblatt EFB 1 b die Überschrift "Kalkulation über die Endsumme". Beide Formblätter betrafen somit zwei verschiedene Kalkulationsmethoden (Zuschlagskalkulation und Endsummenkalkulation) und mochten sich deshalb ausgeschlossen haben. Für das hier interessierende Verhältnis zwischen den Blättern EFB-Preis 1 a und 1 c galt dies jedoch nicht. Das Formblatt EFB-Preis 1 c trug die Überschrift: "Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen bei Leistungen des Ausbaugewerbes" und betraf damit dieselbe Kalkulationsmethode wie das Formblatt EFB-Preis 1 a. Thematisch stand es damit gerade nicht in einem Ausschlussverhältnis zum Formblatt EFB-Preis 1 a. Vielmehr galten die Formblätter EFB-Preis 1 a und EFB-Preis 1 c kumulativ nebeneinander (so zutreffend die Beigeladene auf S. 3 ihres Schriftsatzes vom 24.3.2006). Da die Antragstellerin für alle Leistungen die Zuschlagskalkulation anwandte, hatte sie somit beide Formblätter EFB-Preis 1 a und EFB-Preis 1 c auszufüllen. Soweit die Antragstellerin geltend macht, dass die Ausbauleistungen keine besonderen Zuschläge aufweisen mussten, trifft dies zwar zu, verfehlt aber zugleich den Grund des Ausschlusses der Antragstellerin. Ihr Angebot war nicht deswegen auszuschließen, weil sie alle Leistungen mit gleich hohen Zuschlägen versah, sondern weil sie das Ausfüllen des Formblattes EFB-Preis 1 c unterließ. Die Antragsgegnerin wollte wissen, mit welchen Zuschlägen die Antragstellerin die Ausbaugewerke kalkulierte, und dies ließ das bloße Ausfüllen des Formblatt EFB-Preis 1 a unbeantwortet. Den dort eingetragenen Zuschlägen war nicht anzusehen, ob sie das Ergebnis einer Mittelung oder die (absolute) Zuschlagshöhe aller Gewerke wiedergaben. Aus der "Liste zum Nachweis nach Nr. 6 EVM (B) BWB/E", wo die Bieter die Subunternehmerleistungen nach "Anschriften der Subunternehmer, Art der Arbeiten und Anteil in % am Gesamtangebot" aufzuführen hatten, ergab sich eine diesbezügliche Information ebenfalls nicht. 20

Die von der Antragstellerin im Schriftsatzes vom 20.3.2006 angesprochene Frage, ob der Plural bei dem Wort "Formblätter" in Ziffer 3.5 der Bewerbungsbedingungen bedeutete, dass stets mehrere Formblätter 1 a, b, c auszufüllen waren, was nach ihrer Ansicht zu verneinen war, führt im Streitfall nicht weiter. Entscheidend für die Frage, welches EFB-Preisblatt ausgefüllt einzureichen war, ist vielmehr, ob die Kalkulationsmethode des jeweiligen Preisblattes auf das Angebot eines Bieters zutraf oder nicht. Soweit sie zutraf, hatte der Bieter jedes der einschlägigen EFB-Blätter ausgefüllt mit dem Angebot abzugeben. 21

b) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin war der Begriff "Ausbaugewerbe" nicht in einem Maße unklar, dass deswegen ihre Pflicht zur Ausfüllung des Formblattes EFB-Preis 1 c entfiel. Der Begriff "Ausbaugewerbe" (Bauinstallation, sonstiges Baugewerbe) ist, wie schon im Senatsbeschluss vom 9.2.2006 ausgeführt ist, vom sog. "Bauhauptgewerbe" (Hoch- und Tiefbau) abzugrenzen und als solcher seit langem in der Baubranche bekannt. Unwiderrspochen hat die Beigeladene in der Senatssitzung ergänzend vorgetragen, dass der Begriff für fachstatistische Zwecke benutzt und den Unternehmen auch unter diesem Gesichtspunkt seit vielen Jahren geläufig ist. Ernstliche Unklarheiten bei der Ausfüllung des Formblattes EFB-Preis 1 c ergaben sich danach nicht. Soweit im Randbereich des Begriffs Unschärfen bestanden, bedeutete dies nicht, dass er für die Zwecke des Formblattes EFB-Preis 1 c untauglich war. Bestätigt wird diese Annahme dadurch, dass die Antragstellerin in einer Bietergemeinschaft mit der Beigeladenen und der Firma W..... Hoch- und Ingenieurbau 22

für ein Bauvorhaben in V. ihrem Angebot das von der Vergabestelle verlangte Formblatt EFB-Preis 1 c unstreitig ausgefüllt beigelegt hat, ohne irgendwelche Unklarheiten zu rügen. Auch im vorliegenden Verfahren hat die Antragstellerin angebliche Unklarheiten nicht beanstandet (vgl. ihr Rügeschreiben vom 17.11.2005 und den Nachprüfungsantrag vom 21.11.2005). Im Gegenteil: Sie hat vor dem Hintergrund eines richtigen Begriffsverständnisses argumentiert, dass sie ein Generalunternehmer-Angebot unterbreitet habe, aus dem im Detail hervorgehe, dass "die Ausbauarbeiten sämtlich an Nachunternehmer untervergeben werden."

c) Die Antragstellerin meint in ihrem Schriftsatz vom 20.3.2006, dass neben dem Ausfüllen des Formblatts EFB-Preis 1 a das Ausfüllen des Formblatts EFB-Preis 1 c "materiell völlig sinnlos gewesen wäre", es neben dem ausgefüllten Formblatt EFB Preis 1 a "keinen darüber hinausgehenden Erkenntniswert" gehabt hätte und es auszufüllen eine unnötige Förmerei bedeutet hätte. Auch diese Rüge geht fehl. Dabei bedarf im Streitfall keiner näheren Erörterung, inwieweit es einem Bieter überhaupt ansteht, die Vergaberegeln, die der öffentliche Auftraggeber nach dem ihm zuzubilligenden Ermessen für ein Vergabeverfahren aufgestellt hat, als unzweckmäßig zu verwerfen. Denn vorliegend besaß das ausgefüllte Formblatt EFB-Preis 1 c neben dem Formblatt EFB-Preis 1 a durchaus einen eigenen Erkenntniswert und war damit keineswegs sinnlos. 23

Die Formblätter EFB-Preis 1 a - c sind in der Baubranche seit langem bekannt. Die Unternehmen wissen, dass die öffentlichen Auftraggeber sie für verschiedene Arten von Baumaßnahmen verwenden, sei es für die Errichtung schlüsselfertiger Bauten oder für die Erstellung einzelner oder mehrerer Gewerke. Im Streitfall waren die Formblätter u.a. unter dem Blickwinkel einer Ausschreibung über fertig herzustellende Doppelhäuser zu interpretieren. Vor diesem Hintergrund fragte das Formblatt EFB-Preis 1 a ersichtlich die Gesamtkalkulation des Bieters ab. Erfasst waren alle Gewerke der Ausschreibung, also sowohl die Gewerke des Bauhauptgewerbes und als auch die des Ausbaugewerbes, und dies unabhängig davon, ob ein Bieter die Leistungen selbst ausführen oder ganz oder teilweise Nachunternehmer einschalten wollte. Dementsprechend wurde auf Seite 2 des Formblatts EFB-Preis 1 a nach der "Angebotssumme" gefragt, die aus einzelnen Positionen unter Anwendung der auf Seite 1 eingetragenen (ggfls. gemittelten) Gesamtzuschläge nachvollziehbar zu entwickeln war. Soweit ein Bieter Leistungen selbst erbringen wollte, hatte er auf Seite 1 die von ihm kalkulierten Kosten einzutragen bzw. seine diesbezüglichen Zuschläge anzugeben. Soweit er Nachunternehmer beauftragte, hatte er seine (ggfls. gemittelten) Zuschläge auf den Nachunternehmerlohn in der entsprechenden Spalte zu Punkt 2 einzutragen; hier war jedenfalls die Zeile "Gesamtzuschläge" auszufüllen. 24

Das Formblatt EFB-Preis 1 c focussierte die Abfrage auf die Ausbaugewerke, unabhängig davon, ob der Bieter sie selbst durchführte oder hierzu Nachunternehmer einschaltete. Im Falle von Eigenleistungen waren die Punkte 1.1 – 1.8, 2.1 – 2.4 (Spalten 1 und 2), im Falle von Nachunternehmerleistungen die Punkte 2.1 – 2.4 (Spalte 3) auszufüllen. Soweit keine Zuschläge erhoben wurden, war auch dies kenntlich zu machen. 25

Da das Formblatt EFB-Preis 1 c somit nur einen Ausschnitt aus den Gesamtabfragen des Formblatts EFB-Preis 1 a bedeutete, verwundert es entgegen der Ansicht der Antragstellerin keineswegs, dass die Einzelpositionen des Formblatts EFB-Preis 1 c thematisch weithin mit den Einzelpositionen des Formblatts EFB-Preis 1 a übereinstimmten. Dies war mit Blick auf die Intention des Formblatts EFB-Preis 1 c, nämlich eine Aufschlüsselung der Gesamtkalkulation bezogen auf die Ausbaugewerke hervorzubringen, sogar zu erwarten. 26

Füllte ein Bieter der vorliegenden Ausschreibung die Formblätter EFB-Preis 1 a und 1 c aus, dann konnten die von ihm angegebenen Zuschläge des Formblatts EFB-Preis 1 c 27

betragsmäßig mit denjenigen des Formblatts EFB-Preis 1 a übereinstimmen. Zwingend war das aber nicht. Stimmt die Zuschläge überein, dann erhielt der öffentliche Auftraggeber die Information, dass der Bieter – z. B. aus Vereinfachungsgründen – die Gewerke des Ausbaugewerbes wie die Gewerke des Bauhauptgewerbes mit gleich hohen (gemittelten) Zuschlägen kalkulierte. Ohne ein Ausfüllen des Formblatts EFB-Preis 1 c konnte ein Auftraggeber dies nicht erkennen (so zutreffend die Beigeladene auf S. 4 ihres Schriftsatzes vom 24.3.2006). Auch bei einer übereinstimmenden Ausfüllung der Formblätter hatte also das Formblatt EFB-Preis 1 c einen eigenen Aussagewert. Wenn die Antragstellerin auf S. 12 ihres Schriftsatzes vom 20.3.2006 mitteilt, dass sie ihr Angebot "einheitlich" kalkuliert habe, so blieb auch dies der Antragsgegnerin ohne das ausgefüllte Formblatt EFB-Preis 1 c verborgen. Auf eine solche Information legte die Antragsgegnerin aber Wert, um die Auswirkungen etwaiger Nachtragsleistungen einschätzen zu können. Dass sie den Informationswert durch eine nach den einzelnen Gewerken aufgegliederte Abfrage hätte verfeinern können, ist nicht von Wichtigkeit. Die Bestimmung des Informationsgrades lag in ihrem Ermessen. Soweit nach dem neuen Vergabehandbuch die Verwendung des Formblattes EFB-Preis 1 c entfallen soll, mag die öffentliche Hand künftig auf dahingehende nähere Informationen verzichten. Im hier streitgegenständlichen Vergabeverfahren hatte die Antragsgegnerin Letzteres nicht getan, sondern die Ausfüllung des Formblattes EFB-Preis 1 c von den Bietern verlangt. Nur darauf kommt es für die Entscheidung an.

Die Beteiligten verstehen den Begriff der "Angebotssumme" auf Seite 2 des Formblatts EFB-Preis 1 c unterschiedlich. Die Antragstellerin versteht darunter die Gesamtangebotssumme aller ausgeschriebenen Leistungen, die Beigeladene und die Antragsgegnerin den Teil der Angebotssumme, der auf die Ausbaugewerke entfiel. Streitentscheidend ist das unterschiedliche Verständnis nicht, weil der Aussagewert der auf Seite 1 des Formblattes EFB-Preis 1 c zu machenden Angaben davon unberührt blieb. Sofern ein Bieter in Bezug auf Seite 2 des Formblatts eine Unklarheit erblickte, konnte er entsprechende Rückfragen bei der Antragsgegnerin halten. Keineswegs war er berechtigt, deswegen vom Ausfüllen des Formblatts gänzlich abzusehen. Ohnehin hat die Antragstellerin in einer Bietergemeinschaft mit der Beigeladenen und der Firma W..... Hoch- und Ingenieurbau ihrem Angebot die von der Vergabestelle verlangten Formblätter EFB-Preis 1 a und c unstreitig (ausgefüllt) beigelegt, ohne diesbezügliche Unklarheiten zu rügen. Diesbezügliche Rügen hat die Antragstellerin auch im vorliegenden Vergabeverfahren nicht erhoben. 28

3. Die Antragstellerin behauptet, dass die Verwaltungspraxis der Antragsgegnerin ein Vertrauen begründet habe, wonach das Formblatt EFB-Preis 1 c nicht zusätzlich zu dem Preisblatt EFB-Preis 1 a auszufüllen war. Dem ist nicht weiter nachzugehen. Wie schon im Senatsbeschluss vom 9.2.2006 ausgeführt, fehlt es an konkreten Hinweisen, dass von einer solchen Verwaltungspraxis alle Bieter, die für die vorliegende Ausschreibung in Betracht kamen, Kenntnis hatten. Die Umstände sprechen sogar dagegen: Zum einen hat die Beigeladene die Formblätter EFB-Preis 1 a und 1 c wie verlangt ausgefüllt, zum anderen hat desgleichen auch die Antragstellerin in einer Bietergemeinschaft mit der Beigeladenen und der Firma W..... Hoch- und Ingenieurbau in einer anderen Ausschreibung getan. Schließlich ist mit der Beigeladenen (vgl. S. 9 ihres Schriftsatzes vom 24.3.2006) nicht von der Hand zu weisen, dass spätestens die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7.6.2005, X ZR 19/02 (VergabeR 2005, 617 f) eine Zäsur darstellte, die geeignet war, ein bis dahin gewachsenes Vertrauen in eine bestimmte Verwaltungspraxis auf Bieterseite zu entwerfen. 29

4. Die Beigeladene hat das Formblatt EFB-Preis 1 c (ebenso wie das Formblatt EFB-Preis 1 a) ordnungsgemäß ausgefüllt ihrem Angebot beigelegt. Auf die anderen Rügen der Antragstellerin, die nicht gleichartige Mängel im Angebot der Beigeladenen betreffen, kommt 30

es für die Entscheidung somit nicht an. Die Antragstellerin war zwingend auszuschließen, die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens im Übrigen berührte ihre Bieterposition nicht mehr.

III. 31

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 ZPO (analog). 32

D. W. D.-B. 33