

Datum: 01.10.2014
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 14/14
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2014:1001.VII.VERG14.14.00

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Der Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln vom 07.03.2014 - VK VOB 38/2013 wird aufgehoben.

Der Antragsgegnerin wird im Vergabeverfahren "...: Veräußerung von zwei städtischen Bauflächen im ... Zentrum zur Nutzung für Einzelhandel/gewerbliche Nutzungen, Wohnen und Parkhaus einschließlich einer Bauverpflichtung ..." die Erteilung des Zuschlags untersagt.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB sowie der in diesem Verfahren entstandenen notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin werden der Antragsgegnerin auferlegt.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 757.955,16 EUR festgesetzt.

Gründe

A.

Die Antragsgegnerin schrieb die Veräußerung und Bebauung von zwei städtischen Grundstücken im Verhandlungsverfahren europaweit aus und forderte die Antragstellerin mit Schreiben vom 25.06.2013 zur Abgabe eines Angebots auf. Ausweislich dieses

1

2

3

Aufforderungsschreibens war ein „Vordruck indikatives Angebot“ Bestandteil der Vergabeunterlagen. Dieser Vordruck, der fettgedruckt mit der Überschrift „Indikatives Angebot (VOB)“ versehen war, enthielt eine Reihe von Erklärungen und endete mit einem Unterschriftenfeld, welches mit dem fettgedruckten Hinweis „Unterschreiben Sie das Angebot an dieser Stelle, sonst gilt das Angebot als nicht abgegeben!“ versehen war. Unter der Ziffer 7. des Vordrucks hieß es teilweise fettgedruckt: „Die folgenden Unterlagen, Erklärungen und Nachweise werden mit dem indikativen Angebot gefordert: - Indikatives Angebot (Vordruck) ...“. In einer weiteren Unterlage, die mit "Abschließende Zusammenstellung der geforderten Unterlagen, Erklärungen und Nachweise" überschrieben war, hieß es: "Mit Angebotsabgabe (indikatives Angebot) sind vom Bieter vorzulegen: Angebot und Preisblatt".

Die Antragstellerin verwendete bei der Abgabe ihres Angebots den Vordruck „Indikatives Angebot (VOB)“ nicht sondern übersandte ein unterschriebenes Anschreiben vom 21.10.2013, dem sie den geforderten Preisblattvordruck ausgefüllt und ebenfalls unterschrieben beifügte. 4

Die Antragsgegnerin schloss das Angebot der Antragstellerin mit Schreiben vom 12.11.2013 unter Berufung auf § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) VOB/A-EG i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EG vom weiteren Vergabeverfahren aus und berief sich darauf, die Antragstellerin habe den vorgeschriebenen Vordruck „Indikatives Angebot (VOB)“ nicht verwendet und unterschrieben. 5

Die Antragsgegnerin rügte ihren Ausschluss mit rechtsanwaltlichem Schreiben vom 13.11.2013 und reichte mit Schreiben vom 14.11.2013 den fehlenden Vordruck unterschrieben nach. Die Antragsgegnerin wies die Rüge der Antragstellerin mit rechtsanwaltlichem Schreiben vom 15.11.2013 zurück. Die Antragstellerin stellte daraufhin einen Nachprüfungsantrag. 6

Die Antragstellerin hat im Verfahren vor der Vergabekammer die Auffassung vertreten, ihr Angebot sei zu Unrecht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. Zudem hätte die Antragsgegnerin den fehlenden Vordruck nachfordern müssen. Die Antragsgegnerin hat die gegenteilige Auffassung vertreten. 7

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ohne mündliche Verhandlung als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Antragsgegnerin habe das Angebot der Antragstellerin zu Recht gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) VOB/A-EG i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/A-EG vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen. Das Angebot sei entgegen § 13 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/A-EG nicht unterschrieben gewesen, weil nicht der vorgeschriebene Vordruck „Indikatives Angebot“ verwendet worden sei. Die fehlende Unterschrift sei durch die Unterschrift der Antragstellerin unter dem Anschreiben vom 21.10.2013 nicht ersetzt worden, denn diese umfasse jedenfalls nicht die im Vordruck unter den Ziffern 1. bis 6. enthaltenen Erklärungen, da der Vordruck weder verwendet, noch beigelegt, und auch nicht in das Angebot einbezogen worden sei. Auch die Unterschrift des Geschäftsführers der Antragstellerin auf dem ausgefüllten Preisblatt ändere daran nichts, da diese sich nur auf das Kaufpreisangebot beziehe. Den Vergabeunterlagen sei zweifelsfrei zu entnehmen gewesen, dass der ausgefüllte und unterschriebene Vordruck „Indikatives Angebot“ einzureichen gewesen sei. Die Antragsgegnerin habe den Vordruck „Indikatives Angebot“ auch nicht gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EG nachfordern müssen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift müssten fehlende geforderte Erklärungen und Nachweise nachgefordert werden. Bei dem Vordruck „Indikatives Angebot“ handele sich jedoch weder um eine Erklärung noch um einen Nachweis, sondern um das Angebot selbst. 8

Gegen den Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt. Sie wiederholt ihr Vorbringen aus dem Verfahren vor der Vergabekammer.

Die Antragstellerin beantragt, 10

dem Nachprüfungsantrag unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln vom 07.03.2014 - VK VOB 38/2013 stattzugeben, und der Antragsgegnerin die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren "...: Veräußerung von zwei städtischen Bauflächen im ... Zentrum zur Nutzung für Einzelhandel/gewerbliche Nutzungen, Wohnen und Parkhaus einschließlich einer Bauverpflichtung ..." zu untersagen. 11

Die Antragsgegnerin beantragt, 12

die sofortige Beschwerde des Antragsgegners zurückzuweisen. 13

Die Antragsgegnerin verteidigt den angefochtenen Beschluss, indem sie das Vorbringen aus dem Verfahren vor der Vergabekammer wiederholt und vertieft. 14

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, die Vergabekammer- und die Vergabeakte verwiesen. 15

B. 16

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist erfolgreich, denn der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet. Der Beschluss der Vergabekammer ist aufzuheben, weil die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin nicht vom weiteren Vergabeverfahren ausschließen durfte. 17

1. 18

Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) VOB/A-EG i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A-EG zu Unrecht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen, weil diese den Vordruck "Indikatives Angebot" nicht ausgefüllt, unterschrieben und mit den übrigen Angebotsunterlagen innerhalb der Angebotsfrist eingereicht hat. 19

a) Die Antragstellerin hat ein wirksames Angebot abgegeben, indem sie ein unterzeichnetes Angebotsanschreiben in Verbindung mit dem vollständig ausgefüllten und unterzeichneten Preisblattvordruck sowie weiteren Angebotsunterlagen bei der Antragsgegnerin eingereicht hat (§ 13 Abs. 1 S. 1 u. 2 VOL/A-EG). Dagegen bedurfte es der Einreichung des unterschriebenen Vordrucks "Indikatives Angebot (VOB)" nicht, um ein wirksames Angebot abzugeben. Dieser Vordruck für sich stellt, entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin, nicht das Angebot dar, sondern dieses besteht aus einer Unterschrift, die auf dem Vordruck hätte geleistet werden können, aber auch auf einem von der Antragstellerin selbst erstellten Angebotsanschreibens geleistet werden durfte und geleistet worden ist, das den gesamten Angebotsinhalt erfasst, sowie dem vollständig ausgefüllten und ebenfalls unterzeichneten Preisblatt und den weiteren einzureichenden Angebotsunterlagen (vergleiche dazu: Senat, Beschluss vom 21.06.2006, VII-Verg24/06, juris, Rn. 13). Auch der Umstand, dass der Vordruck "indikatives Angebot (VOB)" weitere Erklärungen enthielt, die nicht mit dem indikativen Angebot eingereicht worden sind, ändert an der Wirksamkeit des Angebots der Antragstellerin nichts, sondern veranlasst zur weitergehenden Prüfung, ob die fehlenden Erklärungen nachgefordert können oder – wie im Anwendungsbereich der VOB/A-EG – müssen. 20

b) Abgesehen davon sind sowohl Ziffer 7 des Vordrucks "Indikatives Angebot (VOB)", in dem es heißt: „Die folgenden Unterlagen, Erklärungen und Nachweise werden mit dem indikativen Angebot gefordert: - Indikatives Angebot (Vordruck) ...“ als auch die Unterlage "Abschließende Zusammenstellung der geforderten Unterlagen, Erklärungen und Nachweise" überschrieben war, in der es heißt: "b) Mit Angebotsabgabe (indikatives Angebot) sind vom Bieter vorzulegen: b) Angebot, Preisblatt" nicht hinreichend klar formuliert und auch im Zusammenhang mit den übrigen Vergabeunterlagen dazu geeignet, bei einem Bieter ein Missverständnis hervorzurufen, welche Unterlagen nach Auffassung des Auftraggebers Bestandteil des Angebots sein müssen. Durch die Formulierung der Ziffer 7 des Vordrucks "Indikatives Angebot (VOB)" kann bei einem Bieter der unzutreffende Eindruck entstehen, dass nicht das vorliegende Formular, sondern ein weiterer separater Vordruck "Indikatives Angebot" mit dem Angebot einzureichen ist. In der Unterlage "Abschließende Zusammenstellung der geforderten Unterlagen, Erklärungen und Nachweise" wird nicht einmal die Vorlage des Vordrucks "Indikatives Angebot (VOB)" verlangt, sondern nur die Vorlage des "Angebots" des Bieters sowie des Preisblatts. Schon diese Intransparenz der Vergabeunterlagen steht einem Angebotsausschluss entgegen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die Rechtsprechung des Senats zur so genannten "abschließenden Liste" (siehe: Beschluss vom 03.08.2011, VII-Verg 30/11; Beschluss vom 23.05.2012, VII-Verg 4/12; Beschluss vom 28.11.2012, VII-Verg 8/12, alle bei juris veröffentlicht) vorliegend nicht anwendbar, weil die VOB/A und die VOB/A-EG anders als die VOL/A (§ 8 Abs. 3 VOL/A) und die VOL/A-EG (§ 9 Abs. 4 VOL/A-GG) eine abschließende Liste nicht kennen, so dass auch die hierzu ergangene Rechtsprechung nicht auf den vorliegenden Fall transponiert werden kann.

c) Weil die Antragstellerin den Vordruck "Indikatives Angebot (VOB)", welcher eine Reihe von Erklärungen enthielt, nicht wie gefordert mit ihrem Angebot eingereicht hat, fehlten diese. Folglich hätte die Antragsgegnerin diese fehlenden Erklärungen gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 S.1 VOB/A-EG von der Antragstellerin zwingend nachfordern müssen, was sie jedoch nicht getan hat. Da die Antragstellerin die fehlenden Erklärungen unmittelbar nach dem Ausschluss ihres Angebots nachgereicht hat, ist ein Nachforderungsverlangen der Antragsgegnerin inzwischen entbehrlich. Die Antragsgegnerin muss das Angebot der Antragstellerin nun im Vergabeverfahren belassen und berücksichtigen. Den beabsichtigten Zuschlag auf eines der bereits vorliegenden abschließenden Angebote der anderen Bieter darf die Antragsgegnerin jedenfalls derzeit nicht erteilen.

2. 24

Es besteht kein Anlass, das Vergabenachprüfungsverfahren, wie von der Antragsgegnerin angeregt, dem Bundesgerichtshof gemäß § 124 Abs. 2 GWB im Wege der Divergenzvorlage vorzulegen. Es ist weder eine Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, noch eine Abweichung von der Rechtsprechung eines anderen Oberlandesgerichts ersichtlich.

Auch der Beschluss des OLG Dresden vom 21.02.2012 (Verg 1/12) gibt hierzu wegen seines abweichenden Sachverhalts und der anderen anzuwendenden Vorschriften keinen Anlass. Anders als im vorliegenden Verfahren wurde im Vergabenachprüfungsverfahren vor dem OLG Dresden nicht eine Unterschrift an einer anderen als der vom Auftraggeber vorgesehenen Stelle geleistet, sondern es wurde eine vom Bieter zu erstellende Arbeitskarte zu einem als Nebenleistung vorgesehenen Vertrag über die Wartung und Inspektion technischer Anlagen und Einrichtungen nicht beigefügt, obwohl diese zwingender Bestandteil des Angebots sein sollte. Das OLG Dresden hat den Ausschluss des Angebots wegen des

Fehlens der Arbeitskarte mit dem Vorliegen der Voraussetzungen von § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) in Verbindung mit § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A-EG (unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen) begründet. Ein Ausschluss gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) in Verbindung mit § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EG war nicht Gegenstand des dortigen Nachprüfungsverfahrens.

3. 27

Der Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 10.09.2014 gibt zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung keinen Anlass. 28

C. 29

Die Entscheidung über die Kosten und Aufwendungen beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 GWB sowie auf den §§ 120 Abs. 2, 78 GWB. 30

Der Gegenstandswert beträgt 757.955,16 EUR (§ 50 Abs. 2 GKG). 31

32

33