

---

**Datum:** 24.09.2014  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** Vergabesenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** VII-Verg 19/14  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2014:0924.VII.VERG19.14.00

---

**Rechtskraft:** rechtskräftig

---

**Tenor:**

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 23. Mai 2014 (VK 1 – 30/14) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragstellerin auferlegt.

---

Gründe:

1

I. Die Antragsgegnerin schrieb am 10.04.2014 den Abschluss eines Bauauftrags „Staatliche Museen zu Berlin – Pergamonmuseum – Lichtdecken 62-2014“ im offen Verfahren europaweit aus. Der Auftrag umfasste neben Gerüstarbeiten, Betonarbeiten, Maler- und Lackierarbeiten auch Wartungs- und Inspektionsleistungen gemäß AMEV 2006 für Rauchabzugsflächen in Lichtdecken mit einer Laufzeit von vier Jahren. Eine Losbildung erfolgte nicht. Nebenangebote waren nicht zugelassen. Bestandteil der Vergabeunterlagen waren unter anderem die Formblätter des Vergabehandbuchs des Bundes 211 EU „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“, 213 („Angebotsschreiben“) und 242 („Ergänzung der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, hier: Angebotsteil Wartung“ nebst „Vertrag für Wartung und Inspektion von technischen Anlagen und Einrichtungen“). Auf die nähere Darstellung des Inhalts der Vergabeunterlagen in der angefochtenen Entscheidung wird verwiesen. Die Antragstellerin reichte fristgerecht ein Angebot ein. In das Formblatt 213 („Angebotsschreiben“) trug sie unter Ziffer 2.1 („Gesamtsumme der jährlichen Vergütung gem. Wartungs- und/oder Instandhaltungsvertrag“) keinen Preis ein. Mit per Fax übersandtem Schreiben vom 31.03.2014 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin, dass ihr, der Antragstellerin, Angebot gemäß §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b), 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

2

EG ausgeschlossen werde, weil es nicht alle erforderlichen Preisangaben enthalte und unvollständig sei. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag einem anderen Bieter zu erteilen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 08.04.2014 rügte die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebots. Die Antragsgegnerin wies die Rüge mit Schreiben vom 10.04.2014 zurück. Nach 20.00 h des gleichen Abends hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes eingereicht, der der Antragsgegnerin am 11.04.2014 gegen 10.30 h übermittelt worden ist, nachdem diese den Zuschlag bereits gegen 9 Uhr an die für den Zuschlag vorgesehene Bestbieterin erteilt hatte.

Die Antragsgegnerin ist dem Nachprüfungsantrag, den die Antragstellerin wegen des erfolgten Zuschlags in einen Fortsetzungsfeststellungsantrag geändert hat, entgegen getreten. 3

Die Vergabekammer des Bundes hat den Feststellungsantrag als unbegründet zurückgewiesen. Auf die Gründe der Entscheidung wird verwiesen. 4

Dagegen hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt, mit der sie auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug nimmt. Sie hält den Feststellungsantrag für begründet. Der Ausschluss des Angebots sei vergaberechtswidrig gewesen, weil die Vergabeunterlagen missverständlich und unklar gewesen seien. Eine eindeutige Forderung eines Preises für Wartungsleistungen ergebe sich daraus nicht. Das Angebot sei dahin auszulegen gewesen, dass Wartungsleistungen angeboten worden seien und nur von der Angabe eines Preises wegen des Wortlauts der verwendeten Formulare abgesehen worden sei. Die Antragsgegnerin sei zu einer Nachfrage verpflichtet gewesen. Jedenfalls sei der Preis für Wartungsarbeiten unwesentlich gewesen, so dass ein Ausschluss auch nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c), 2. Halbsatz VOB/A EG unzulässig gewesen sei. 5

Die Antragstellerin beantragt, 6

unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses dem Fortsetzungsfeststellungsantrag stattzugeben. 7

Die Antragsgegnerin beantragt, 8

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen. 9

Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer und begründet dies näher. 10

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze und Anlegen sowie auf die Verfahrensakten der Vergabekammer und die beigezogenen Vergabeakten Bezug genommen. 11

II. Die zulässige sofortige Beschwerde ist unbegründet. Der Feststellungsantrag bleibt ohne Erfolg. 12

1. Bedenken gegen die Zulässigkeit des Antrags bestehen nicht. Der Nachprüfungsantrag ist durch den nach seiner Einreichung erteilten Zuschlag gemäß §§ 123 Satz 3 und 4, 114 Abs. 2 Satz 2 GWB erledigt. Ausdrücklicher Erledigungserklärungen der Verfahrensbeteiligten im Nachprüfungs- oder Beschwerdeverfahren bedarf es nicht. Hat sich der zunächst statthafte Nachprüfungsantrag erledigt, kann der Antragsteller – wie hier - feststellen lassen, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat, wenn er ein Interesse an der Entscheidung hat. Einen solchen Feststellungsantrag verfolgt die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. 13

2. Das erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor, nachdem sich der Nachprüfungsantrag durch Zuschlagserteilung erledigt hat, §§ 123 Satz 3 und 4, 114 Abs. 2 Satz 2 GWB. Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes gemäß vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.01.2014, VII-Verg 28/13, BA 9 f.; Beschl. v. 11.05.2011, VII-Verg 8/11 – juris Tz. 35; Beschl. v. 4.5.2009, VII-Verg 68/08 – juris Tz. 126 m.w.N.) Ein solches Feststellungsinteresse kann insbesondere gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.05.2011, VII-Verg 8/11 – juris Tz. 35; Beschl. v. 2.5.2002, Verg 6/02). Ausgehend von diesen Maßstäben hat die Vergabekammer ein Feststellungsinteresse der Antragstellerin zu Recht bejaht. Auf die entsprechenden Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung wird verwiesen.

3. Der Feststellungsantrag ist unbegründet. Das Angebot der Antragstellerin war nach §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c), 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG von der Vergabe auszuschließen. Es enthielt nicht die von der Antragsgegnerin geforderten Preise. 15

a) Angebote, in denen verlangte Preisangaben fehlen oder unzutreffend angegeben worden sind, sind allein deswegen und zwingend von der Wertung auszuschließen (BGH, Beschl. v. 18.02.2003, X ZB 43/02 – juris Rn. 23; Beschl. v. 18.05.2004, X ZB 7/04 – juris Rn. 23). Voraussetzung ist freilich, dass die im Leistungsverzeichnis oder in den sonstigen Vergabeunterlagen geforderten Preisangaben eindeutig und unmissverständlich, d.h. zweifelsfrei vom Auftraggeber verlangt wurden, § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG (Dicks in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A, § 16 EG Rn. 36). Ausgehend von diesen Maßstäben hat die Antragsgegnerin eine Angabe des Wartungspreises eindeutig und unmissverständlich gefordert. 16

b) In Ziffer 2.1 des Formblatts 213 forderte die Antragsgegnerin die Angabe des Preises für Wartungsarbeiten als Gesamtsumme der jährlichen Vergütung gemäß dem Wartungs- und Instandhaltungsvertrag einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer. Dies setzte allerdings genaues Lesen der Vergabeunterlagen voraus. Diese Ziffer war nach einer mit einem Sternchen versehenen Anmerkung nur auszufüllen, wenn den Vergabeunterlagen ein Wartungs-/ Instandhaltungsvertrag beilag. Unstreitig war dies der Fall. Die Antragsgegnerin hatte den Vergabeunterlagen das Formblatt 242 beigefügt, zu dem ein vorformulierter Vertrag für Wartung und Inspektion von technischen Anlagen und Einrichtungen gehörte. Anders als die Antragstellerin meint, schadet es nicht, dass hierbei nicht der Begriff „Instandhaltungsvertrag“ verwendet worden ist. Durch den Begriff „Wartungsvertrag“ ist in beiden Formularen unmissverständlich zum Ausdruck gebracht worden, dass Maßnahmen zur Verzögerung von Abnutzungen der Bauleistung nachgefragt wurden. Wartungsarbeiten sind in DIN Normen wie z.B. DIN 31051 (Stand 2003) als Maßnahmen zur Verzögerung des Abbaus des vorhandenen Abnutzungsvorrates definiert. 17

Es schadet nicht, dass sich aus Ziffer C) Formblatt 211 EU ergab, dass das Vertragsformular gemäß Formblatt 242 nicht mit dem Angebot einzureichen war. Denn alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis, so dass die in Formblatt 213 verlangte Angabe eines Gesamtpreises ausreichte, um Angebote vergleichbar zu machen. Dies war für Bieter auch ohne weiteres zu erkennen, weil sich aus Ziffer 6 Formblatt 211 EU durch ein entsprechendes Ankreuzen durch die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen ergab, dass der Preis aus der Wertungssumme des Angebots ermittelt werde zu der auch 18

Wartungskosten zählen. Aus Ziffer 3 Formblatt 242 ergab sich darüber hinaus, dass Angebote ausgeschlossen werden, wenn der Angebotsteil „Wartung“ nicht wertbar ist. Bei der Angebotswertung sollten vielmehr die in den Wartungsangeboten angegebenen Preise berücksichtigt werden. Das hierbei vom Bieter unterbreitete Wartungsangebot ergab sich durch die Preisangabe in Ziffer 2.1 Formblatt 213.

Dass sich die Ausschreibungsbedingungen der Antragsgegnerin erst aus einer genauen Lektüre der den Vergabeunterlagen beigefügten Formblätter erschloss, ist nicht zu beanstanden. Die Logik, dass der vorformulierte Wartungsvertrag zwar nicht mit dem Angebot einzureichen, der sich daraus ergebende Preis aber als Gesamtpreis in Formular 213 anzugeben war, war durch den mehrfachen Hinweis darauf, dass zur Preiswertung auch der Wartungspreis zählt, auch für durchschnittlich erfahrene Bieter zu erkennen. In Formblatt 242 wurde eine anderenfalls drohende Ausschlussfolge ausdrücklich erwähnt. Es kann dahin stehen, ob die Antragsgegnerin auf eine Vorlage des Vertragsformulars gemäß Formblatt 242 bewusst oder versehentlich verzichtet hat, weil dies die Forderung einer zwingend erforderlichen Preisangabe in den Vergabeunterlagen nicht in Zweifel zieht. 19

c) Zu einer Nachfrage war die Antragsgegnerin in Ansehung des klaren Wortlauts der Vergabeunterlagen weder verpflichtet noch berechtigt. Aufgrund des Nachverhandlungsverbots gemäß § 15 Abs. 3 VOB/A EG steht vielmehr fest, dass der Zuschlag nur auf das inhaltlich unveränderte (Preis-) Angebote des Bestbieters ergehen darf. Fehlende Preisangaben dürfen deshalb im Vergabeverfahren nicht nachgeholt und das Angebot insoweit nicht „aufgefüllt“ werden (Dicks in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, a.a.O., § 16 EG Rn. 39). 20

d) Der Ausnahmetatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c), 2. Halbs. VOB/A EG liegt nicht vor. Danach sind solche Angebote von der Ausschlussfolge ausgenommen, bei denen lediglich in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt. Allein durch den Hinweis auf die Ausschlussfolge in Ziffer 3 Formblatt 242 hat die Antragsgegnerin bereits unmissverständlich zu erkennen gegeben, dass der Wartungspreis für sie von wesentlicher Bedeutung ist. Auf die Frage, ob ein nur geringer prozentualer Anteil eines Einzelpreises vom Gesamtpreis als unwesentlich zu bewerten ist, kommt es daher ebenso wenig an, wie auf die Frage, ob die fehlende Preisangabe wettbewerbsrelevant war. 21

III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 120 Abs. 2 GWB. 22

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 155.000,- € festgesetzt. 23