
Datum: 12.01.2015
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 29/14
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2015:0112.VII.VERG29.14.00

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Beigeladenen wird der Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf vom 22. August 2014, VK - 2/2014, aufgehoben und der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen werden der Antragstellerin auferlegt, die auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner und die Beigeladene im Verfahren vor der Vergabekammer war notwendig.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 723.464,- € festgesetzt.

G r ü n d e :

1

A. Der Antragsgegner schrieb im Oktober 2013 den Abschluss eines Vertrags zum Bauvorhaben „Erweiterung und Instandsetzung eines Polizeipräsidiums“ in E. europaweit im offenen Verfahren aus. Die zu vergebenden Bauleistungen umfassen sowohl Rohbauarbeiten des Hoch- und Tiefbaus als auch Leistungen zur Errichtung einer Tiefgarage nebst dazugehörigen Spezialtiefbauarbeiten, insbesondere der Herstellung eines mittels Bohrspfählen zu erstellenden Baugrubenverbaus (Titel 1.10.03 des Leistungsverzeichnisses).

2

Das Leistungsverzeichnis wurde von beratenden Ingenieuren des Antragsgegners auf der Basis von Einheitspreisen erstellt. Der Angebotspreis errechnet sich aus dem Produkt vorgegebener Massenvordersätze und angebotener Einheitspreise. Zuschlagskriterium ist der Preis. Nebenangebote sind nicht zugelassen. Auf entsprechende Bieterfragen teilte der Antragsgegner interessierten Unternehmen über die elektronische Vergabepattform mit, dass die für den mittels Bohrpfählen herzustellenden Baugrubenverbau einzusetzenden Einheitspreise nach Sichtfläche kalkuliert werden sollten. Das hierfür erforderliche Maß ergebe sich aus der Oberkante der Pfahlwand bis zur Oberkante der Aushubebene gemäß den Planskizzen. Die Antragstellerin und die Beigeladene beteiligten sich an der Ausschreibung durch Einreichung eines Angebots. Nach Submission war das Angebot der Antragstellerin mit 15.418.253,00 € und einem geringfügigen Vorsprung vor dem der Beigeladenen, das mit 15.439.196,37 € schloss, das preisgünstigste.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 19.12.2013 wies die Beigeladene den Antragsgegner darauf hin, den in Titel 1.10.03 des Leistungsverzeichnisses angegebenen Massenvordersätzen lägen nicht die der Kalkulation und späteren Abrechnung zugrunde zu legenden geringeren Sichtflächen, sondern die höheren Ausführungsflächen (statischen Flächen) des Verbaus zugrunde. Ihr, der Beigeladenen, Angebot habe sich dadurch künstlich um einen Betrag von 432.453,13 € brutto verteuert. Sie gehe davon aus, dass diese Wertungsbesonderheit berücksichtigt worden sei. Da die Sichtflächen, so schrieb sie weiter, anhand der Pläne für jeden Bieter ohne Weiteres ermittelbar seien, sei eine Änderung der Massenvordersätze auf die zugrunde zu legenden Sichtflächen ohne Einfluss auf die Kalkulationsgrundlagen der Angebote. 3

Mit E-Mail vom 20.12.2013 teilte der Antragsgegner daraufhin allen Bietern unter Bezeichnung von sieben in Titel 1.10.03 aufgeführten Positionen des Leistungsverzeichnisses mit, die darin aufgeführten Massen mit Blick auf eine Preiskalkulation zu ändern und legte unter Zugrundelegung der Sichtflächen statt – wie im Leistungsverzeichnis aufgeführt – der Ausführungsflächen für sieben Leistungspositionen neue, niedrigere Massenvordersätze fest. Alle Bieter erhielten die Möglichkeit, die dazu in den Angeboten angegebenen Einheitspreise unter Berücksichtigung der verringerten und neu festgelegten Massen bis zum 15.01.2014 neu zu kalkulieren und anzubieten. Auf eine entsprechende Frage der Antragstellerin teilte der Antragsgegner den Bietern mit, dass die neu angebotenen Preise bei der Angebotswertung berücksichtigt würden. Mit Schreiben vom 10.01.2014 rügte die Antragstellerin die Möglichkeit zum Angebot neuer Preise auf Einzelpositionen des Leistungsverzeichnisses als vergaberechtswidrig, weil das Vergabeverfahren hierdurch manipulierbar werde. Mit anwaltlichem Schreiben vom 15.01.2014 rügte die Antragstellerin des weiteren, eine auf Einzelpositionen beschränkte zweite Angebotsrunde stelle einen Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot dar und verzerre den Wettbewerb. 4

Die Antragstellerin hielt an ihren bisher angebotenen Einheitspreisen fest und passte ihr Angebot rechnerisch den neu festgelegten Massen an. Die Beigeladene bot hingegen auf die sieben Positionen neue und erheblich unter ihren vorherigen Preisen liegende Einheitspreise an, für die neue Massenvordersätze festgelegt worden waren. Während das Angebot der Antragstellerin nunmehr mit einem Gesamtpreis von 15.057.978,40 € schloss, betrug der Endpreis des Angebots der Beigeladenen 14.469.279,95 €, die ihrer Preiskalkulation für den Titel „Verbau“ nunmehr das Angebot eines anderen und preisgünstigeren Nachunternehmers zugrunde legte. 5

Mit Schreiben vom 24.01.2014 wies der Antragsgegner die Rügen der Antragstellerin zurück und führte zur Begründung unter anderem aus, die der Kalkulation und späteren Abrechnung zugrunde zu legenden Sichtflächen wichen von den im Leistungsverzeichnis angegebenen Massenvordersätzen ab und hätten der Klarstellung bedurft, weil sie den Bietern nicht bekannt gemacht worden seien. Bei der Auswertung der Angebote habe sich ergeben, dass nicht alle Bieter die Sichtflächen gleich berechnet hätten. Zur Herstellung von Transparenz und Chancengleichheit hätten deshalb nochmals Preise für die reduzierten Mengen abgefragt werden müssen.

Unter dem 28.01.2014 hat die Antragstellerin unter Aufrechterhaltung ihres Rechtsstandpunkts einen Nachprüfungsantrag eingereicht. Der Antragsgegner ist dem Nachprüfungsantrag ebenso wie die Beigeladene entgegen getreten.

Mit Schreiben vom 25.02.2014 unterrichtete die Antragsgegnerin die Bieter über die neuen Endsummen der Angebote und kündigte an, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf hat dem Nachprüfungsantrag stattgegeben und dem Antragsgegner untersagt, die nachträglich angebotenen Preise der Angebotswertung zugrunde zu legen. Zugleich hat sie ihm aufgegeben, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern die Möglichkeit zur Abgabe erneuter vollständiger Angebote auf der Basis des korrigierten Leistungsverzeichnisses zu gewähren. Zur Begründung hat die Vergabekammer im Wesentlichen ausgeführt, die ursprüngliche Angabe der Massenvordersätze im Titel 1.10.03 des Leistungsverzeichnisses hätten im Widerspruch zu den gemachten Kalkulationsvorgaben gestanden. Hierin liege ein Verstoß gegen das Gebot einer erschöpfenden und vollständigen Leistungsbeschreibung im Sinn des § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A. Da dies für den Antragsgegner bereits auf der Grundlage von Bieterfragen erkennbar gewesen sei, sei eine nach Ablauf der Angebotsfrist eröffnete zweite und auf einzelne Leistungspositionen beschränkte Angebotsrunde als Verstoß gegen das Verbot von Nachverhandlungen gemäß § 15 Abs. 3 VOB/A EG unzulässig gewesen. Eine Korrektur des erkannten Fehlers komme nur durch die Wiedereröffnung der Angebotsfrist mit der Möglichkeit zur Einreichung erneuter vollständiger Angebote in Betracht.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Beigeladenen. Sie ist der Auffassung, eine auf sieben Positionen des Leistungsverzeichnisses beschränkte zweite Angebotsrunde sei als mildestes Mittel einer Fehlerkorrektur zulässig und wegen der Gefahr späterer Preisanpassungen nach § 2 Abs. 3 VOB/B auch geboten gewesen. Ein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot liege darin nicht, weil alle Bieter gleiche Chancen erhalten hätten. Es schade nicht, dass eine zweite Angebotsrunde auf einzelne Positionen beschränkt worden sei, weil der Anteil der zu korrigierenden Einzelpreise am Gesamtauftrag weniger als 10 % ausmache. Darüber hinaus stellten Verbauarbeiten einen von den übrigen Leistungen unabhängigen Leistungsteil dar, dem eine eigene und unabhängige Kalkulation zugrunde liege. Verbauarbeiten dieser Art würden branchenüblich durch eigens dafür eingesetzte Nachunternehmer ausgeführt, weil nur diese über hierfür erforderliche Spezialbaugeräte verfügten, die für die übrigen ausgeschriebenen Leistungen indes nicht benötigt würden. Auswirkungen auf weitere Angebotspreise seien deshalb auszuschließen. Dass eine zweite Angebotsrunde Einfluss auf die Bieterreihenfolge haben könne, sei hinzunehmen, weil Fehler in den Massen des Leistungsverzeichnisses zu einem verzerrten Wertungsergebnis führten.

Die Beigeladene beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf vom 22.08.2014, VK 2/2014-B, aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt, 13

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen. 14

Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer und ist der Auffassung, eine Korrektur von im Vergabeverfahren gemachten Fehlern öffentlicher Auftraggeber sei zumindest nach erfolgter Submission nur zulässig, wenn die Voraussetzungen einer Aufhebung des Vergabeverfahrens im Sinn des § 17 Abs. 1 VOB/A vorlägen. Anderes gelte nur, wenn der öffentliche Auftraggeber sich Korrekturmaßnahmen ausdrücklich vorbehalten habe oder den Fehler zuvor nicht habe erkennen können. Entscheide er sich gleichwohl für eine Zurückversetzung, müsse er den Bietern wegen der vorherigen Bekanntgabe der Angebotspreise die Möglichkeit geben, die Angebote insgesamt zu überarbeiten und neu zu kalkulieren. Eine Beschränkung auf einzelne Leistungspositionen sei unzulässig und verzerre den Wettbewerb, weil die Preisbildung der neu festgelegten Leistungspositionen in Abhängigkeit zu den übrigen Positionen des Leistungsverzeichnisses stünden. Vergaberechtswidrig sei auch, dass der Antragsgegner das Angebot der Beigeladenen, die die Chance gezielter Kampfpreise genutzt und die Preise der strittigen Leistungspositionen um 75% herabgesetzt habe, nicht auf Auskömmlichkeit überprüft habe. Zu kritisieren sei auch, dass die Zurückversetzung formlos per E-Mail und ohne erneute Submission erfolgt sei. 15

Der Antragsgegner schließt sich der sofortigen Beschwerde der Beigeladenen an. 16

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze und Anlagen sowie auf die Verfahrensakten der Vergabekammer und die beigezogenen Vergabeakten Bezug genommen. 17

B. Die Beschwerde der Beigeladenen hat in der Sache Erfolg. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet. 18

I. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. 19

1. Die Antragstellerin ist antragsbefugt, § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat ein Interesse an dem ausgeschriebenen Auftrag, eine Verletzung in Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften sowie einen drohenden Schaden vorgetragen. Zur Vermeidung bloßer Wiederholungen wird auf die insoweit zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer in der angefochtenen Entscheidung verwiesen. 20

2. Die Antragstellerin hat auch ihrer Rügeobliegenheit genügt, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Sie greift im Wesentlichen die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens durch Eröffnung einer zweiten und auf sieben Positionen des Leistungsverzeichnisses beschränkten Angebotsrunde durch den Antragsgegner an. Die Antragstellerin, der der beabsichtigte Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen mit Schreiben vom 25.02.2014 mitgeteilt worden ist, hat dies rechtzeitig mit an den Antragsgegner gerichteten Schreiben vom 10.01.2014, 15.01.2014 und 28.01.2014 gerügt. 21

II. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. 22

Die teilweise Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in eine zweite Angebotsrunde mit an alle Bieter gerichteter E-Mail vom 20.12.2013, in der der Antragsgegner die Massen für 23

sieben im Leistungsverzeichnis aufgeführte Positionen änderte und den Bietern Gelegenheit gab, hierauf neue Preise anzubieten, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Ein Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A EG enthaltene Gebot, den Bietern eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen liegt darin nicht. Die Antragstellerin ist auch im Übrigen weder in ihrem Recht auf Durchführung eines transparenten und fairen Vergabeverfahrens noch in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt worden (§ 97 Abs. 7 GWB).

1. Bei der vom Antragsgegner durchgeführten teilweisen Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in eine zweite und auf sieben Preispositionen beschränkte Angebotsrunde handelt es sich um eine zulässige Teilaufhebung der Ausschreibung, die der Korrektur eines zuvor begangenen Fehlers diene. Stellt ein öffentlicher Auftraggeber vor Zuschlagserteilung einen erheblichen Fehler in den Vergabeunterlagen fest, ist er zu einer Fehlerkorrektur grundsätzlich berechtigt (vgl. BGH, Beschl. v. 26.09.2006, X ZB 14/06, juris Rn. 23 – Polizeianzüge; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.11.2013, VII Verg 20/13 - juris Rn. 34; OLG München, Beschl. v. 04.04.2013, Verg 4/13 – juris Rn. 54; vgl. auch OLG Dresden, Beschl. v. 23.07.2013 – juris Rn. 60). Eine bereits erfolgte Submission schließt eine solche Fehlerkorrektur nicht aus. Zwar ist richtig, dass ein transparenter Wettbewerb wegen der damit verbundenen Manipulationsgefahr nicht mit einer im Belieben des Auftraggebers stehenden Wiederholung der Angebotsabgabe zu vereinbaren ist. Es steht aber gerade nicht im Belieben öffentlicher Auftraggeber, vor oder nach Submission den Bietern Gelegenheit zu einer Änderung ihrer Angebote einzuräumen. Dies unterliegt vielmehr uneingeschränkt der Kontrolle der Nachprüfungsinstanzen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.01.2011, VII-Verg 46/10 – juris Rn. 30).

24

a) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist eine Korrektur im Vergabeverfahren gemachter Fehler durch öffentliche Auftraggeber nicht an das Vorliegen der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VOB/A EG gebunden. Bei der rechtlichen Überprüfung einer vollständigen oder auch nur teilweisen Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist zwischen der Wirksamkeit und der Rechtmäßigkeit der (Teil-) Aufhebungsentscheidung öffentlicher Auftraggeber zu unterscheiden. § 17 Abs. 1 VOB/A EG bestimmt die Voraussetzungen, unter denen die (Teil-) Aufhebung eines Vergabeverfahrens rechtmäßig ist. Das Nichtvorliegen einer der Aufhebungsgründe des § 17 Abs. 1 VOB/A EG führt allerdings nur zu auf das negative Interesse gerichteten Schadensersatzansprüchen der Bieter, die möglicherweise infolge der Aufhebung oder Zurückversetzung vergeblich ein Angebot erstellt haben oder ein vollständig neues und erneut kostenaufwändiges Angebot erstellen müssen (vgl. nur BGH, Beschl. v. 20.03.2014, X ZB 18/13, juris Rn. 24, 25 – Fahrbahnerneuerung; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.10.2013, VII-Verg 16/13, BA 7, m.w.N.).

25

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob die (Teil-) Aufhebung eines Vergabeverfahrens wirksam ist. Ein öffentlicher Auftraggeber kann grundsätzlich nicht verpflichtet werden, einen Auftrag auf der Grundlage einer Ausschreibung zu erteilen, die er als fehlerhaft erkannt hat. Dies ist Folge der Vertragsfreiheit, die auch für im Wege öffentlicher Ausschreibungen vergebene Aufträge gilt. Notwendige Voraussetzung für eine vollständige oder auch nur teilweise Aufhebung einer Ausschreibung ist lediglich, dass der öffentliche Auftraggeber für seine (Teil-) Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, so dass eine Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder nur zum Schein erfolgt (BGH, Urt. v. 18.02.2003, X ZB 43/02 – juris Tz. 14; BGH, Urt. v. 05.11.2002, X ZR 232/00 – juris Tz. 19; BGH, Urt. v. 08.09.1998, X ZR 48/97 – juris Rn. 32; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.11.2010, VII-Verg 28/10 – juris Rn. 42; Beschl. v. 08.07.2009, VII-Verg 13/09 – juris Rn. 21; Beschl. v. 22.07.2005, VII-Verg 37/05 – juris Rn. 21; Beschl. v.

26

b) Die teilweise Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in eine zweite Angebotsrunde war sachlich gerechtfertigt und damit wirksam, weil die Ausschreibungsbedingungen widersprüchlich und intransparent waren und einer Korrektur bedurften. 27

aa) Fehler der festgelegten Ausschreibungsbedingungen ergaben sich aus unzureichenden und widersprüchlichen Massenvordersätzen zu sieben Positionen des Titels 1.10.03 (Verbau) des Leistungsverzeichnisses. Titel 1.10.03 des Leistungsverzeichnisses lagen unstreitig die statischen Flächen der zu errichtenden Verbauwand zugrunde. Auf die Bieterfragen 29 und 35 teilte der Antragsgegner den Bietern jedoch mit, der Preiskalkulation des Titels 1.10.03 (Verbau) seien die (hiervon abweichenden) Sichtflächen der zu errichtenden Verbauwand zugrunde zu legen, die sich aus den den Vergabeunterlagen beigelegten planerischen Zeichnungen ergäben. Von Festlegungen der zugrunde zu legenden Sichtflächen, die zu geringeren Massenvordersätze führen als statische Flächen, sah der Antragsgegner ab. Das führte zu Widersprüchen im Leistungsverzeichnis und war intransparent. 28

Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass sich die im Leistungsverzeichnis aufgeführten Massen für herzustellende Bohrpfähle zunächst auf die statischen Flächen bezogen. Für eine Preiskalkulation bedürfen Ausschreibungen, in denen Verbauarbeiten zu erbringen sind, aber der Klarstellung, auf welcher Grundlage die hierfür in Ansatz gebrachten Preise zu kalkulieren und spätere Abrechnungen durchzuführen sind. Die DIN 18303 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen in Teil C der VOB (ATV) unterscheidet im Hinblick auf die Abrechnung von Verbauarbeiten zwischen einer Abrechnung nach Sichtflächen (Flächenmaß gemäß Ziffern 5.1 DIN 18303) und statischen Flächen (Längenmaß gemäß Ziffern 5.2 DIN 18303). Da es sich bei Sichtflächen um diejenigen handelt, die sich oberhalb der Baugrubenoberfläche befinden, sich die statischen Flächen aber aus der Länge der Pfähle, also auch aus den im Erdreich befindlichen Flächen errechnen, stimmen beide Massen nicht überein. Welche der Flächen der späteren Abrechnung und der Angebotskalkulation zugrunde zu legen sind, hatte der Antragsgegner im Leistungsverzeichnis nicht ausdrücklich festgelegt. Da die DIN 18303 hierzu keine Vorgaben macht und ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet ist, ihm bekannte kalkulationsrelevante Vorgaben festzulegen, wäre dies erforderlich gewesen. Die notwendige Festlegung holte der Antragsgegner zwar auf die Bieterfragen 29 und 35 nach und entschied sich für eine Abrechnung nach Sichtflächen, die den Flächen gemäß Ziffern 5.1. DIN 18303 entsprachen. Indem er hierbei aber von einer Angabe der Massenvordersätze für Sichtflächen und einer erforderlichen Korrektur des Leistungsverzeichnisses absah und statt dessen lediglich auf die den Vergabeunterlagen beigelegten planerischen Zeichnungen verwies, handelte er vergaberechtswidrig. 29

Zwar ist die Bauleistung für Verbauarbeiten nach Ziffer 5 Satz 1 DIN 18303 „aus den Zeichnungen zu ermitteln“. Da es sich bei der DIN 18303 jedoch um eine technische Vorschrift handelt, die der Standardisierung von Bauleistungen dient, der aber keine vergaberechtliche Bedeutung zukommt, entbindet sie öffentliche Auftraggeber nicht von der Pflicht, die anzubietende Leistung im Rahmen einer Ausschreibung eindeutig und erschöpfend so zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EG). Das Transparenzgebot verlangt, dass alle für die Zuschlagsentscheidung maßgeblichen Umstände den Bietern so bekannt gemacht werden, dass sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und in gleicher Weise auslegen können und der Auftraggeber prüfen kann, ob die Angebote der Bieter die geltenden Kriterien erfüllen (BGH, Urt. v. 22.07.2010, VII ZR 213, 08; OLG 30

Düsseldorf, Beschl. v. 05.01.2011, VII-Verg 46/10 – juris Rn. 29). Bei einem bloßen Verweis auf planerische Zeichnungen, deren Massen zudem im Widerspruch zu Angaben im Leistungsverzeichnis stehen, lagen diese Voraussetzungen nicht vor.

bb) Dieser Fehler war erheblich und bedurfte der Korrektur, weil sich bei der Auswertung der Angebote ergab, dass – nicht ausschließbar - alle Bieter die Sichtflächen gleichermaßen auf der Grundlage der Pläne errechnet und damit ihrer Preiskalkulation unterschiedliche Massen zugrunde gelegt hatten. Die Angebote waren nicht mehr vergleichbar (vgl. dazu nur BGH, Urt. v. 07.01.2003, X ZR 50/01 – juris Rn. 32). 31

b) Nicht zu kritisieren ist, dass der Antragsgegner die zweite Angebotsrunde auf Preisangaben zu sieben Positionen des Leistungsverzeichnisses beschränkt hat. Wie und in welchem Umfang ein öffentlicher Auftraggeber einen erkannten Fehler in seiner Ausschreibung behebt, unterliegt seiner Gestaltungsfreiheit, die freilich an die vergaberechtlichen Gebote der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung gebunden ist. Werden diese Gebote beachtet, bleibt ein ordnungsgemäß geführter und fairer Wettbewerb aufrechterhalten, und eine Verletzung von Bieterrechten steht nicht zu befürchten (§ 97 Abs. 7 GWB). Der Antragsgegner hat diese Gebote nicht verletzt. 32

aa) Der Antragsgegner hat allen an der Ausschreibung beteiligten Bietern in transparenter Form mit E-Mail vom 20.12.2013 die für eine Preiskalkulation des Titels 1.10.03 (Vorbau) erforderlichen Massenvordersätze unter Änderung der zuvor gemachten Angaben im Leistungsverzeichnis mitgeteilt und allen Bietern die Möglichkeit gegeben, die hierfür maßgeblichen sieben Preispositionen erneut anzubieten. Jeder Bieter hatte die Chance, entweder seine Preise rechnerisch den veränderten Massen anzupassen oder – wie die Beigeladene es tat – neu zu kalkulieren. Dass die Beigeladene diese Chance ergriffen und sich für einen anderen und günstigeren Nachunternehmer entschieden hat, der ihr nunmehr eine günstigere Preiskalkulation ermöglichte, führte weder zu einer Diskriminierung noch zu einer Ungleichbehandlung der Antragstellerin, die Gleiches hätte tun können. Der vom Antragsgegner hierbei gewählte Weg einer Mitteilung per E-Mail ist nicht zu beanstanden. Elektronische Mitteilungen entsprechen auch im Vergaberecht inzwischen üblicher und zulässiger Kommunikationsformen. 33

bb) Entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerin hat der Antragsgegner auch nicht das Gebot eines fairen Wettbewerbs verletzt. 34

Ändert sich in einer zweiten Angebotsrunde die Bieterreihenfolge, ist dies von den am Wettbewerb beteiligten Unternehmen hinzunehmen. Dies gilt erst Recht, wenn es sich – wie hier – um einen reinen Preiswettbewerb handelt, bei dem bereits eine Abweichung der Angebotspreise in geringfügiger Höhe für die Zuschlagsentscheidung ausschlaggebend sein kann (§ 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A EG). Nach Mitteilung des Submissionsergebnisses war der Antragstellerin ebenso wie der Beigeladenen bekannt, dass beide Angebote gemessen am Auftragswert von mehreren Millionen Euro nur geringfügig um ca. 20.000,- € voneinander abweichen. Die Gefahr, dass sich die eröffnete Neukalkulation auf die Zuschlagsentscheidung auswirken könnte, war für die Antragstellerin ebenso wie die weiteren Bieter erkennbar und Ausdruck eines nach wie vor unentschiedenen Wettbewerbs. Die Gefahr einer Veränderung des Wertungsergebnisses durch neue Preisbildungen war darüber hinaus nicht anders zu bewerten, als diejenige, die im Fall einer umfassenden Zurückversetzung des Vergabeverfahrens mit der Möglichkeit vollständig neuer Angebote, bestanden hätte. 35

Soweit das OLG Dresden der Gefahr einer befürchteten Wettbewerbsverzerrung durch Einführung einer auf 15 % der Angebotssummen festgelegten „Geringfügigkeitsschwelle“ entgegenzuwirken versucht, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Nach Meinung des OLG Dresden soll eine einwandfreie Preisermittlung nach § 7 Abs. 1 Nr.2 VOB/A EG und damit ein fairer Wettbewerb nicht mehr gewährleistet sein, wenn die von der Änderung betroffenen Positionen die Preisstruktur der Angebote mitbestimmt und das Preisgefüge des Angebots nachhaltig berührt haben können. Bei einem Anteil der zu korrigierenden Preispositionen von ca. 15 % der Angebotssummen bedürfte es deshalb der Einholung neuer Angebote (OLG Dresden, Beschl. 23.07.2013, Verg 2/13 – juris Rn. 62). Der Senat teilt die Auffassung, dass ein fairer Wettbewerb nicht mehr gewährleistet ist, wenn die von der Änderung betroffenen Positionen die Preisstruktur der Angebote im Übrigen mitbestimmen und das Preisgefüge des Angebots in relevanter Weise berühren. Einen solchen Einfluss indes an einem „Schwellenwert“ von ca. 15 % der Angebotssummen festzumachen, überzeugt jedoch nicht.

Unklarheiten ergeben sich hierbei bereits aus der Frage, auf welcher Grundlage eine solche „Geringfügigkeitsschwelle“ ermittelt werden soll (gilt der Durchschnitt der eingereichten Angebote oder ist auf das Bestangebot oder das betreffende Angebot oder den vom Auftraggeber zuvor geschätzten, in der Regel jedoch nicht bekannt gemachten Auftragswert abzustellen?). Vor allem aber ist eine solche Festlegung willkürlich und sachlich kaum zu begründen. Argumente, die einen Einfluss einzelner Preise eines Angebots auf die übrigen Preisbestandteile des Angebots anhand ihres prozentualen Anteils am Gesamtauftragswert zumindest plausibel erscheinen lassen, enthält die in Bezug genommene Entscheidung des OLG Dresden dem entsprechend auch nicht. Eine „Geringfügigkeitsschwelle“ wird auch der Vielfalt von Bauausschreibungen, insbesondere der Vielfalt betroffener Gewerke und Ausführungsvarianten, zu denen neben Eigenleistungen auch der Einsatz von Nachunternehmern gehört, ebenso wenig gerecht wie der Komplexität und Vielgestaltigkeit von Preisbildungen, die dem unternehmerischen Geschick vorbehalten sind. 37

Der Vorlage an den Bundesgerichtshof wegen einer Abweichung von der vom OLG Dresden im Beschluss vom 23.07.2013, Verg 2/13, vertretenen Rechtsansicht bedarf es nicht (§ 124 Abs. 2 GWB), weil die strittige Frage im Streitfall nicht entscheidungserheblich ist. Die hier strittigen Preispositionen betragen weniger als 10 % des Auftragswerts, so dass auch nach der Rechtsauffassung des OLG Dresden eine nur teilweise Wiedereröffnung der Angebotsphase durch den Antragsgegner rechtmäßig war. 38

cc) Ob ein Einzelpreis für die übrige Preiskalkulation von Bedeutung und deshalb einer isolierten Neufestsetzung entzogen ist, bestimmt sich vielmehr nach seinem im Einzelfall bestehenden und vom Bieter im Nachprüfungsverfahren konkret darzulegenden Einfluss auf andere Angebotspreise. Sowohl das Gebot fairen Wettbewerbs als auch das Gleichbehandlungsgebot verpflichten öffentliche Auftraggeber allerdings, vor einer Teilaufhebung des Vergabeverfahrens durch Zurückversetzung in eine auf nur bestimmte Preispositionen beschränkte zweite Angebotsrunde zu prüfen, ob die beabsichtigte und auf bestimmte Preise bezogene Preisänderung Einfluss auf das Preisgefüge im Übrigen haben kann. Steht dies zu befürchten, ist er an einer solchen Fehlerkorrektur gehindert und muss gegebenenfalls vollständig neue Angebote einholen. Die Feststellung, dass ein Einfluss anderer Preise durch strittige Preispositionen ausgeschlossen ist, kann ihm hingegen nicht abverlangt werden. An die Prüfungstiefe öffentlicher Auftraggeber dürfen nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden, weil sie in aller Regel nicht über das gleiche Fachwissen und Know-how verfügen, wie am Wettbewerb beteiligte Bieter. Dies gilt insbesondere bei komplexen Bauausschreibungen, wie hier, denen zudem eine ebenso komplexe Kalkulation zugrunde liegt. Dass der Antragsgegner von einer solchen Prüfung abgesehen oder diese auf 39

eine unrichtige Tatsachengrundlage gestellt hat, ist von der Antragstellerin ebenso wenig wie von anderen Bietern gerügt worden. Aus dem Schreiben des Antragsgegners vom 20.01.2014 ergibt sich vielmehr, dass er eine solche Prüfung durchgeführt hat. Anderenfalls hätte er sich nicht für eine auf die sieben Positionen beschränkte Zurückversetzung entschieden, die er in seinem Schreiben als „mildestes Mittel“ bezeichnet hat. Es oblag nunmehr der Antragstellerin, im Nachprüfungsverfahren konkret darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, aus welchen Gründen die streitbefangenen Preise einer isolierten Betrachtung entzogen sind und weitere Preisbildungen des Angebots beeinflussen.

Diesen Anforderungen hat die Antragstellerin nicht, auch nicht im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 02.12.2014 genügt. Soweit sie vorträgt, die für den Verbau kalkulierten Einzelpreise hätten Einfluss auf die unter Position 1.10.05.0760 (Verlorene Schalung) aufgeführten Leistungen und die Baustellengemeinkosten gehabt, verkennt sie, dass die vom Antragsgegner durchgeführte Änderung der Massenvordersätze keinen Einfluss auf die tatsächlich zu erbringenden Leistungen hatten, die unverändert fortbestanden. In Entsprechung der DIN 18303 hat sich der Antragsgegner im Nachhinein vielmehr lediglich dafür entschieden, eine spätere Abrechnung in Abweichung von den Angaben des Leistungsverzeichnisses nach Sichtflächen vorzunehmen und Preisangaben nach den für Sichtflächen in Ansatz zu bringenden Massen zu fordern. Sowohl die Beigeladene als auch die Antragstellerin haben dem nach eigenem Vorbringen bereits in ihren ersten Angeboten entsprochen und den in der ersten Angebotsrunde angebotenen Einzelpreisen unstreitig die selbst errechneten Sichtflächen zugrunde gelegt. Dementsprechend hat die Antragstellerin auch ihre diesbezüglichen Preise in der zweiten Angebotsrunde rechnerisch lediglich an die veränderten Massen angepasst, ohne eine erneute Preiskalkulation vorzunehmen. Sowohl die Position 1.10.05.0760 (Verlorene Schalung) als auch die Baustellengemeinkosten beziehen sich indes auf die später tatsächlich zu erbringenden Leistungen, die in den herzustellenden Massen jedoch nicht verändert worden sind. Dass die Antragstellerin ihrer Preisbildung andere als vom Antragsgegner in seiner E-Mail vom 20.12.2013 mitgeteilte Massen zugrunde gelegt hat, hat sie weder gerügt noch im Nachprüfungs- oder Beschwerdeverfahren behauptet. 40

2. Ein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot liegt nicht vor, § 15 Abs. 3 VOB/A EG, weil alle Bieter die gleiche Chance hatten, ihre Preise neu zu kalkulieren (im Ergebnis so wohl auch OLG München, Beschl. v. 04.04.2013, Verg 4/13 – juris Rn. 52). 41

3. Einer erneuten Submission bedurfte es nicht. Die Angebote waren bereits den vergaberechtlichen Vorschriften (§ 14 VOB/A EG) entsprechend geöffnet worden. Eine nur teilweise Eröffnung einer zweiten Angebotsrunde führt nicht zu neuen Angeboten im Sinne des § 14 VOB/A EG. 42

4. Auch war keine Prüfung der neuen Preise der Beigeladenen auf Auskömmlichkeit im Sinn des § 16 Abs. 6 Nr. 2 VOB/A EG erforderlich. Nichts spricht dafür oder wurde von der Antragstellerin vorgetragen, dass der Angebotspreis der Beigeladenen unangemessen niedrig ist. Allein eine Preissenkung von ca. 75 % auf sieben Positionen eines Leistungsverzeichnisses lässt eine Unauskömmlichkeit des Angebots insgesamt nicht befürchten. Dies gilt erst recht, wenn – wie hier – die betroffenen Preise weniger als 10 % des Gesamtpreises ausmachen. 43

C. Die Entscheidungen über die Kosten und Aufwendungen beruhen auf §§ 128 Abs. 3, 4, 120 Abs. 2, 78 GWB. Die Festsetzung des Beschwerdewerts folgt aus § 50 Abs. 2 GKG. 44

Dicks Brackmann Rubel 45

