
Datum: 01.04.2020
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: Verg 30/19
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2020:0401.VERG30.19.00

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 28.08.2019 (VK 25/19 – B) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich derjenigen des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB hat die Antragstellerin zu tragen.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.209.156,20 € festgesetzt.

Gründe	1
I.	2
Die Antragsgegnerin, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, machte mit Auftragsbekanntmachung vom 11.01.2019 (Anlage Ast1) im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union die Vergabe des Auftrags „T.“ im offenen Verfahren europaweit bekannt. Gegenstand des Auftrags sind Kanalbauarbeiten. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.	3
In der Auftragsbekanntmachung war unter Ziffer II.2.10) angegeben, dass Alternativangebote zugelassen sind. Diverse Anforderungen an die Bieter waren als Anforderungen an die technische und finanzielle Leistungsfähigkeit unter Ziffer III.1.3) der Auftragsbekanntmachung formuliert. Unter Ziffer III.1.3.2) hieß es unter anderem:	4
„[...] Ist beabsichtigt, Teile der Leistung von Nachunternehmern ausführen zu lassen, müssen die Bieter/Bietergemeinschaften in ihrem Angebot die Art und den Umfang der von dem/den	5
	6

Nachunternehmer(n) übernommenen Teilleistungen zweifelsfrei angeben. Die unter Abschnitt III.1.3 bezeichneten Nachweise nach 1.3.1 und 1.3.2 sind bezogen auf den Leistungsteil der Nachunternehmer auf Verlangen der Vergabestelle vorzulegen. Die Bieter/Bietergemeinschaften haben auf gesondertes Verlangen die nach 1.3.1 genannten Erklärungen auch für die Nachunternehmer bezogen auf deren Leistungsanteil und nur insoweit abzugeben. [...]"	
Unter der in der Auftragsbekanntmachung nachfolgenden Ziffer III.1.3.3) hieß es:	7
„Vorgehen bei fehlender geforderter Erklärungen gem. 1.1.5 und 1.2.5“	8
Unter den beiden vorstehend in Bezug genommenen Ziffern der Auftragsbekanntmachung hieß es übereinstimmend:	9
„Für den Fall fehlender geforderter Erklärungen wird auf § 16a EU VOB/A verwiesen.“	10
In dem Bieteranschreiben der Antragsgegnerin (Anlage Ast2), das Bestandteil der Vergabeunterlagen war, hieß es zur Form der Angebotsabgabe:	11
„Falls Sie bereit sind, die Leistungen zu übernehmen, werden Sie gebeten, beiliegendes Angebotsschreiben (Ang-B) nebst der geforderten Anhänge soweit erforderlich ausgefüllt, digital bis zum Eröffnungstermin am 12.03.2019 [...] zu übermitteln.“	12
Das Bieteranschreiben ließ unter Ziffer 9. Nebenangebote zu und enthielt hierfür die folgenden Vorgaben:	13
„Sofern Nebenangebote zugelassen sind, sind diese auch ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots zulässig. Sofern Nebenangebote zugelassen sind, sind auch Pauschalpreisangebote zulässig.“	14
Im Hinblick auf die Mindestanforderungen für Nebenangebote, soweit diese von der Vergabestelle zugelassen sind, wird auf den anliegenden Vordruck „Hinweise zum Erstellen von Nebenangeboten im Vergabeverfahren“ (Anhang 6) verwiesen, die ausdrücklich zum Inhalt dieses Aufforderungsschreibens gemacht werden.“	15
Ziffern 10. und 11. des Bieteranschreibens führten Nachweise und Erklärungen auf, die, teils nur auf Verlangen, von den Bietern vorzulegen waren. Unter Ziffer 12. des Anschreibens hieß es dazu:	16
„Für den Fall fehlender geforderter Erklärungen wird auf § 16a EU VOB/A verwiesen.“	17
Ziffer 13. des Bieteranschreibens enthielt einen Hinweis zum Nachunternehmereinsatz, der wie folgt lautete:	18
„Sofern Sie sich als Bieter ggf. auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft, bei der Erfüllung eines Auftrages der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen, haben Sie bei europaweiten Ausschreibungen auf Verlangen der Vergabestelle den Nachweis gem. § 6 EU Abs. 1 VOB/A (Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers) zu erbringen. Sofern ein Bieter dem nicht nachkommt, führt dies zum Ausschluss seines Angebots. Die vorgesehenen Nachunternehmerleistungen sind bereits mit Angebotsabgabe zu benennen (siehe Ziffer II Ang-B).“	19

Bei dem vorstehend in Bezug genommenen Dokument „Ang-B“ der Vergabeunterlagen handelte es sich um das den Bietern von der Antragsgegnerin zur zwingenden Verwendung zur Verfügung gestellte Angebotsschreiben. Dieses war auch in den Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen (Bb-B 1) als verpflichtend zu verwenden genannt. Unter anderem hieß es dort:

„Beabsichtigt der Bieter Leistungen an Nachunternehmer zu vergeben, so hat er in seinem Angebot unter Ziffer II Ang-B Art und Umfang dieser Leistungen anzugeben.“ 21

Das vorstehend in Bezug genommene Angebotsschreiben (Ang-B) bot den Bietern unter Ziffer II. die Möglichkeit, durch Ankreuzen von Varianten und Ausfüllen von Texteingabefeldern Angaben zum Nachunternehmereinsatz zu machen. Die einleitende Formulierung hierzu lautete wie folgt: 22

„Ich / Wir werde(n) die Leistungen im eigenen Betrieb ausführen, soweit nicht nachfolgend anders angegeben.“ 23

Gemeinsam mit den nachfolgenden Wahlmöglichkeiten stellte sich dieser Teil des Angebotsschreibens optisch wie folgt dar: 24

II. Nachunternehmereinsatz 25

Ich / Wir werde(n) die Leistungen im eigenen Betrieb ausführen, soweit nicht nachfolgend anders angegeben.

- a) ☐ Ich / Wir werde(n) folgende Leistungen an Nachunternehmer übertragen, obwohl mein / unser Betrieb auf diese Leistungen eingerichtet ist.

(Erforderlichenfalls sind dem Angebot gesonderte Anhänge beizufügen)

- b) ☐ Ich / Wir werde(n) folgende Leistungen an Nachunternehmer übertragen, weil mein / unser Betrieb auf diese Leistungen nicht eingerichtet ist.

(Erforderlichenfalls sind dem Angebot gesonderte Anhänge beizufügen)

Für Nebenangebote formulierte der Anhang 6.1 (Anlage Ast2), der Bestandteil der Vergabeunterlagen war, kaufmännische und technische Mindestanforderungen. Nach den Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen (Bb-B 1) sollte die Erfüllung der Mindestanforderungen mit der Angebotsabgabe nachgewiesen werden. 26

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist gaben nur die Antragstellerin und die Beigeladene Angebote ab. Die Antragstellerin verband mit ihrem Hauptangebot drei Nebenangebote. Die 27

Beigeladene gab kein Hauptangebot, aber 26 miteinander kombinierbare Nebenangebote ab. Während die Antragstellerin in ihrem Angebotsschreiben Angaben zu einem geplanten Nachunternehmereinsatz machte, waren im Angebotsschreiben der Beigeladenen diesbezüglich keine Markierungen und Eintragungen enthalten. Nach dem Submissionsergebnis lag das Nebenangebot 1 der Beigeladenen kombiniert mit ihren Nebenangeboten 19, 20 und 23 bis 26 preislich deutlich vor dem mit den drei Nebenangeboten gewerteten Hauptangebot der Antragstellerin.

Ein von der Antragsgegnerin beauftragtes Ingenieurbüro prüfte die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen in technischer Hinsicht und sah hinsichtlich der Nebenangebote beider Bieter Aufklärungsbedarf. Es übersandte beiden unter Bezugnahme auf § 15 EU VOB/A Fragenkataloge und führte mit der Beigeladenen am 03.04.2019 und mit der Antragstellerin am 05.04.2019 ein Aufklärungsgespräch, an dem auch Mitarbeiter der Antragsgegnerin teilnahmen. Die Inhalte der Aufklärungsgespräche hielt ein Mitarbeiter des Ingenieurbüros in zwei Besprechungsprotokollen fest. Dass im Aufklärungsgespräch zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen über den Nachunternehmereinsatz gesprochen worden ist, ist dem Protokoll nicht zu entnehmen. Einen schriftlichen Hinweis hierauf enthält erstmals eine Stellungnahme des Ingenieurbüros vom 29.04.2019. Dort heißt es:

28

„Keine Nachunternehmer wurden von der Fa. [Beigeladene, Anm. des Senats] angegeben. Hier wurde in einem Gespräch zur Aufklärung des Angebotsinhalts gemäß § 15 EU VOB/A am 04.07.2018 festgestellt, dass sämtliche Leistungen bis auf die Rohrvortriebe im eigenen Betrieb erbracht werden sollen. Für die Rohrvortriebe wurde noch kein Nachunternehmer benannt.“

29

Im Vergabevermerk der Antragsgegnerin vom 07.05.2019 findet sich ein entsprechender Text. Allerdings ist hier der 03.04.2019 als Gesprächsdatum genannt.

30

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 23.05.2019 (Anlage Ast3) mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Diese habe ein niedrigeres Hauptangebot abgegeben. Hiergegen wandte sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 27.05.2019 (Anlage Ast4), mit welchem sie rügte, dass die Beigeladene nach dem Submissionsprotokoll überhaupt kein wertungsfähiges Hauptangebot abgegeben habe. Die Antragsgegnerin wies die Rüge mit Schreiben vom 28.05.2019 (Anlage Ast5) zurück, mit dem sie klarstellend darauf hinwies, dass die Beigeladene ein günstigeres Nebenangebot abgegeben habe. Hierzu führte die Antragsgegnerin zugleich aus:

31

„Das letztlich bezuschlagte Nebenangebot des Bieters I. GmbH wurde sowohl inhaltlich im Wege der Angebotsaufklärung als auch preislich im Wege der Preisaufklärung intensiv geprüft. Die Einhaltung der Mindestbedingungen, die qualitative Gleichwertigkeit mit dem Amtsentwurf sowie die Auskömmlichkeit des bezuschlagten Nebenangebots konnten dabei positiv festgestellt werden.“

32

Die Antragstellerin antwortete hierauf mit einem Rügeschreiben vom 31.05.2019 (Anlage Ast7), mit dem sie an die vorstehenden Ausführungen anknüpfte und ausführte, dass sie der Umstand, dass intensiv geprüft werden musste, zu der Annahme führe, dass die Beigeladene die Gleichwertigkeit des Nebenangebots nicht vergaberechtskonform nachgewiesen habe, wofür als Grund nur die tatsächlich fehlende Gleichwertigkeit und Nichteinhaltung der Mindestbedingungen gesehen werden könne. Im Schreiben der Antragsgegnerin vom 28.05.2019 sehe sie eine Verletzung ihres Rechts auf eine dokumentierte Auskömmlichkeitsprüfung. Wörtlich formulierte die Antragstellerin unter anderem wie folgt:

33

„Insofern ist davon auszugehen, dass die I. GmbH diese vergaberechtlichen Vorgaben nicht eingehalten und die Gleichwertigkeit des Nebenangebots nicht ausreichend mit dem Angebot nachgewiesen hat. Als Grund hierfür können nur die tatsächlich fehlende Gleichwertigkeit und die Nichteinhaltung der Mindestbedingungen gesehen werden.“ 34

Die Antragsgegnerin reagierte hierauf mit einem Schreiben vom 04.06.2019 (Anlage Ast8), mit welchem sie die Rügen der Antragstellerin zurückwies. Die Rügen der unterbliebenen Nachweiserbringung durch die mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen und der fehlenden Gleichwertigkeit der Nebenangebote der Beigeladenen wies sie mit der Begründung als unzulässig zurück, dass sie ins Blaue hinein erfolgten. 35

Die Antragstellerin hat am 07.06.2019 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Rheinland gestellt. Mit diesem hat sie geltend gemacht, dass das Nebenangebot der Beigeladenen die kaufmännischen Mindestanforderungen an ein Nebenangebot nicht erfülle, weil die Beigeladene kein Hauptangebot abgegeben habe. Aus der Mitteilung der Antragsgegnerin, sie habe die qualitative Gleichwertigkeit des Nebenangebots der Beigeladenen geprüft, folge zudem, dass die Gleichwertigkeit in quantitativer Hinsicht nicht geprüft worden sei oder nicht habe festgestellt werden können. Dem von der Beigeladenen angebotenen „System I.“ fehle wegen der damit verbundenen Bauweise und der Abweichungen vom Amtsvorschlag indes nicht nur die quantitative Gleichwertigkeit, sondern auch die qualitative. Aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Beigeladenen intensiv aufgeklärt und geprüft habe, ergebe sich, dass die zur Beurteilung der Gleichwertigkeit relevanten Unterlagen und Nachweise dem Nebenangebot nicht beigelegt gewesen sein könnten. Für sie, die Antragstellerin, stelle sich der Sachverhalt so dar, dass die Defizite eines unklaren und unvollständigen Nebenangebots der Beigeladenen durch unzulässige Nachverhandlungen beseitigt worden seien. Das Nebenangebot der Beigeladenen müsse zudem unauskömmlich sein, da sie, die Antragstellerin, äußerst knapp kalkuliert habe. 36

Nach von der Vergabekammer gewährter Einsicht in die Vergabeakte hat die Antragstellerin weiter vorgetragen, dass die von der Beigeladenen nach Angebotsabgabe abgegebene Erklärung, die Rohrvortriebsarbeiten durch einen Nachunternehmer ausführen zu lassen, eine unzulässige Änderung des Angebots darstelle, die nicht zu berücksichtigen sei. Die Beigeladene sei wie sie, die Antragstellerin, zu manchen technischen Spezialleistungen fachlich und technisch nicht in der Lage. Der Beigeladenen sei deshalb, wenn sie gleichwohl die Selbsterbringung anbiete, die technische Leistungsfähigkeit abzusprechen. Nach ihrem, der Antragstellerin, Kenntnisstand verfüge die Beigeladene nicht über die notwendigen vier Vortriebsmaschinen für die Rohrvortriebsarbeiten. Diese seien am Markt auch nicht ohne Weiteres verfügbar. 37

Die Antragstellerin hat zudem ihr Vorbringen zur fehlenden qualitativen und quantitativen Gleichwertigkeit des Angebots der Beigeladenen weiter vertieft. Die Beigeladene habe auf wesentliche Teilleistungen verzichtet und damit den ausgeschriebenen Leistungsumfang „abgemagert“. Darüber hinaus weiche das „System I.“ von den einzuhaltenden technischen Regelwerken ab und erfülle die Anforderungen an eine qualitative Gleichwertigkeit damit objektiv nicht. Dem Nebenangebot seien zur Beurteilung der Gleichwertigkeit erforderliche Nachweise wie ein erdbautechnischer Nachweis für die Verwendung des anstehenden Bodens als Rohraufleger, Erläuterungen zur Grundwasserhaltung und zur Grundbruchsicherheit und zur Gleichwertigkeit für auszuführende Erdarbeiten nicht beigelegt gewesen. Dass es dem Nebenangebot der Beigeladenen an der notwendigen Gleichwertigkeit fehle, belege auch das von ihr, der Antragstellerin, eingeholte Gutachten des 38

Die Antragstellerin hat beantragt,	39
1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, sowie,	40
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht das Verfahren zurückzusetzen und die Angebotsprüfung und -wertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut vorzunehmen.	41
Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben beantragt,	42
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.	43
Die Antragsgegnerin hat die Ansicht vertreten, dass der Antragstellerin für die Rüge, dass das Nebenangebot der Beigeladenen nicht die Mindestanforderungen erfülle, bereits die Antragsbefugnis fehle. Es handele sich um eine willkürliche, ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung ohne ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte. Im Übrigen treffe die Behauptung auch nicht zu. Einsparungen bei den Massen bedeuteten kein „abgemagertes“ Angebot und stellten die quantitative Gleichwertigkeit des Nebenangebots der Beigeladenen nicht in Frage. Qualitativ sei die Gleichwertigkeit ebenfalls zu bejahen, was aufgrund interner und externer Expertise und anderer Kanalbaumaßnahmen, bei denen das Verfahren der Beigeladenen erfolgreich zum Einsatz gekommen sei, habe beurteilt werden können. Unzulässige Nachverhandlungen des Angebots der Beigeladenen habe es nicht gegeben. Die Auskömmlichkeit des Nebenangebots begegne keinen Bedenken. Hinsichtlich des von der Beigeladenen geplanten Nachunternehmereinsatzes hat die Antragsgegnerin die Ansicht vertreten, dass insoweit eine Nachforderung der Erklärung nach § 16a EU VOB/A möglich gewesen sei. Im Übrigen sei ihr, der Antragsgegnerin, aus mehreren Kanalbaumaßnahmen bekannt, dass der Betrieb der Beigeladenen für Rohrvortriebsarbeiten nicht eingerichtet sei und diese sich dafür immer eines qualifizierten Nachunternehmers bediene.	44
Die Beigeladene hat geltend gemacht, dass das Angebot der Antragstellerin von der Wertung auszuschließen sei, weil ihm nicht alle bei Angebotsabgabe beizufügenden Unterlagen beigefügt gewesen seien. Gefehlt habe das Dokument „Anh. 10 BVB TVgG-NRW“. Nach den Angaben auf Blatt 249 der Vergabeakte sei zudem davon auszugehen, dass die Antragstellerin unzulässige Veränderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen habe. Soweit sie, die Beigeladene, mit dem Angebot keine Angaben zum vorgesehenen Nachunternehmereinsatz gemacht habe, sei dies unschädlich. Die Antragsgegnerin habe diese fehlende Erklärung nach § 16a Abs. 1 EU VOB/A nachfordern müssen. Dies sei im Rahmen des Aufklärungsgesprächs vergaberechtskonform geschehen. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass es sich bei den an Nachunternehmer zu vergebenden Rohrvortriebsarbeiten weder um besonders kritische noch um wirtschaftlich gewichtige Arbeiten handele. Die Gleichwertigkeit ihrer, der Beigeladenen, Nebenangebote sei von der Antragsgegnerin zutreffend bejaht worden. Die Inhalte der Nebenangebote seien unter Darstellung ihrer Vorzüge und der mit ihnen verbundenen Veränderungen detailliert beschrieben worden. Die Einwände der Antragstellerin gegen das „System I.“ seien – was die Beigeladene näher ausgeführt hat – nicht gerechtfertigt. Das von der Antragstellerin vorgelegte Gutachten sei unbrauchbar.	45
Hierauf hat die Antragstellerin erwidert, sie habe die Unterlage „Anh. 10 BVB TVgG-NRW“ mit ihrem Angebot abgegeben. Unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen habe sie	46

nicht vorgenommen, dies sei bei der von ihr verwendeten Software schon technisch ausgeschlossen. Allerdings ergebe sich aus den Angaben von Blatt 251 der Vergabeakte, dass die Beigeladene die vorzulegende Angebotskalkulation sowie die vervollständigten EFB-Blätter nicht vorgelegt habe. Mit der erst später erklärten Absicht, Leistungen auf Nachunternehmer zu übertragen, sei die Beigeladene ausgeschlossen, weil ihrem Angebot insoweit keine Erklärung fehle, die nachgefordert werden könne. Die pauschale Behauptung der Antragsgegnerin, ihr sei bekannt, dass sich die Beigeladene für die Rohrvortriebsarbeiten immer eines qualifizierten Nachunternehmers bediene, finde in der Vergabeakte keine Stütze und sei eine Schutzbehauptung. Im Übrigen sei die von der Beigeladenen nachgereichte Erklärung immer noch unvollständig, weil weitere Spezialleistungen wie Verankerungsarbeiten, Erschütterungsmessung, Kampfmittelsondierungen, Bodeninjektion und Hebeanlage, die von Nachunternehmern auszuführen seien, von der Beigeladenen nicht benannt worden seien.

Hierzu hat die Beigeladene in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer erklärt, dass die von der Antragstellerin genannten Spezialleistungen zum Teil nicht anfielen und im Übrigen mit Ausnahme der Kampfmittelsondierung und des Rohrvortriebs in Eigenleistung erbracht würden. 47

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 28.08.2019 zurückgewiesen. Der Antrag sei zulässig, aber unbegründet. Die Antragstellerin sei antragsbefugt und ihrer Rügeobliegenheit aus § 160 Abs. 3 GWB nachgekommen. Der Nachprüfungsantrag entspreche zudem den inhaltlichen Anforderungen des § 161 Abs. 2 GWB. Die von der Antragstellerin gerügten Vergaberechtsverstöße beruhten nicht auf einem unzulässigen Vortrag ins Blaue hinein. Allerdings sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Angebot der Beigeladenen sei nicht nach § 16 EU Nr. 5 VOB/A auszuschließen. Die Beigeladene habe nach der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen Nebenangebote auch ohne Hauptangebot abgeben dürfen. Die von der Antragsgegnerin gewerteten Nebenangebote der Beigeladenen genügten auch den aufgestellten Mindestanforderungen. Dass die Antragsgegnerin bei der danach notwendigen Prüfung der Gleichwertigkeit der Nebenangebote die Grenzen ihres nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums überschritten habe, sei nicht zu erkennen. Die Nebenangebote der Beigeladenen seien schließlich nicht nach § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A auszuschließen gewesen. Darin, dass die Beigeladene erst im Aufklärungsgespräch mitgeteilt habe, sich teilweise eines Nachunternehmers bedienen zu wollen, liege kein Ändern von Vergabeunterlagen. Die Beigeladene habe nur zunächst unvollständige Angaben später ergänzt. Aus der Auftragsbekanntmachung mit ihrem Verweis auf § 16a EU VOB/A ergebe sich insoweit, dass Angaben zu Nachunternehmerleistungen später nachgeliefert werden könnten. Darin liege keine unzulässige Änderung des ursprünglichen Angebots. Denn aufgrund einer Auslegung des Angebots der Beigeladenen sei dieses dahingehend zu verstehen gewesen, dass für Teilleistungen Nachunternehmer herangezogen würden. Bei der Auslegung könnten außerhalb des Erklärungsakts liegende Umstände wie Kenntnisse des Auftraggebers berücksichtigt werden. Hier sei der Antragsgegnerin aus anderen Projekten bekannt gewesen, dass die Beigeladene Rohrvortriebsarbeiten an Nachunternehmer vergebe. Auch die Antragstellerin habe eingeräumt, dass die Arbeiten nicht von den Bietern durchgeführt werden könnten. Im Übrigen bestünden auch Bedenken hinsichtlich der Zumutbarkeit der Benennung von Nachunternehmerleistungen bezogen auf 26 Nebenangebote. 48

Gegen den ihr am 28.08.2019 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin am 11.09.2019 sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf 49

erhoben. Sie rügt den Beschluss als fehlerhaft und macht geltend, dass sich aus den beim Angebotseröffnungstermin vorliegenden Unterlagen der Beigeladenen die Gleichwertigkeit der von dieser abgegebenen Nebenangebote in quantitativer und qualitativer Hinsicht objektiv nicht ergeben habe. Das „System I.“ sei vorliegend wegen der Bodenbeschaffenheit nicht ohne Weiteres einsetzbar. Die vor diesem Hintergrund erforderlichen Gleichwertigkeitsnachweise hätten die Nebenangebote der Beigeladenen nicht enthalten. Diese nachträglich zu ergänzen, sei unzulässig. Auch umfangreiche eigene Untersuchungen der Antragsgegnerin hierzu seien unzulässig, weil sich die Gleichwertigkeit unmittelbar aus den Nebenangeboten selbst hätte ergeben müssen. Tatsächlich seien diese aus den im Verfahren vor der Vergabekammer dargelegten Gründen auch weder quantitativ noch qualitativ gleichwertig. Im Übrigen bedeute die nachträgliche Erklärung der Beigeladenen, sie werde für Rohrvortriebsarbeiten einen Nachunternehmer beauftragen, eine nicht statthafte Änderung des ursprünglichen Angebots.

Die Antragstellerin beantragt,

50

unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer Rheinland vom 28.08.2019, VK 25/19 - B, die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Vergabeabsicht das Verfahren zurückzusetzen, die Angebotsprüfung und -wertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut vorzunehmen, die Hinzuziehung des Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung für notwendig zu erklären und der Beschwerdegegnerin die Kosten des Vergabenachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,

52

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

53

Die Antragsgegnerin verteidigt die angefochtene Entscheidung als zutreffend. Dass sie ein externes Ingenieurbüro mit der Prüfung der Angebote beauftragt habe, sei nicht auf Unzulänglichkeiten der Nebenangebote der Beigeladenen zurückzuführen, sondern ein für sie übliches Vorgehen bei Bauvergaben. Bezüglich der Gleichwertigkeit sei von den Vergabenachprüfungsinstanzen wegen des der Vergabestelle eingeräumten Beurteilungsspielraums nicht die Gleichwertigkeit der Nebenangebote mit dem Amtsentwurf zu prüfen, sondern nur das Verfahren zur Feststellung der Gleichwertigkeit. Die von der Beigeladenen vorgelegten Unterlagen hätten eine Gleichwertigkeitsprüfung ermöglicht, ohne dass diese Unterlagen ergänzt werden mussten. Anderes lasse sich weder aus der Einschaltung des Ingenieurbüros noch der der eigenen Fachabteilungen ableiten. Den Nebenangeboten sei nicht erst durch Untersuchungen oder in sonstiger Weise zur Zuschlagsfähigkeit verholfen worden. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien die zur Bezuschlagung vorgesehenen Nebenangebote auch gleichwertig. Das von der Antragstellerin vorgelegte Privatgutachten sei mangels Kenntnis des Gutachters vom Inhalt der Nebenangebote nicht aussagekräftig. Dass die Beigeladene versehentlich die Nachunternehmererklärung nicht abgegeben habe, rechtfertige keinen Angebotsausschluss.

Die Beigeladene ist der Ansicht, dass die Antragsgegnerin nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet gewesen sei, die fehlende Erklärung zum Nachunternehmereinsatz noch nachträglich abzufragen. Sie, die Beigeladene, habe die Erklärung zum Nachunternehmereinsatz nicht schon mit dem Angebot abgeben müssen. Ihre mit dem Angebot überreichten Unterlagen würden die aufgestellten Anforderungen für die Wertung von Nebenangeboten erfüllen. Ihre für den Zuschlag vorgesehenen Nebenangebote

55

genügten auch den Gleichwertigkeitsanforderungen, zahlreiche Annahmen in dem von der Antragstellerin vorgelegten Privatgutachten trafen nicht zu.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakten verwiesen. 56

II. 57

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nur in geringem Umfang überhaupt zulässig und im Übrigen, soweit er zulässig ist, unbegründet. 58

1. 59

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist, soweit sie die ursprünglich erhobenen Rügen im Beschwerdeverfahren gemäß § 172 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GWB noch weiterverfolgt, überwiegend unzulässig. 60

a) 61

Das Nachprüfungsverfahren ist allerdings statthaft. Der Auftragswert des ausgeschriebenen Bauauftrags überschreitet den nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. a) der Delegierten Verordnung (EU) 2017/2365 der Kommission maßgeblichen Schwellenwert von ... € für Bauaufträge deutlich. 62

b) 63

Der Antragstellerin fehlt auch nicht die nach § 160 Abs. 2 GWB notwendige Antragsbefugnis. Sie hat mit der Abgabe ihres Angebots ihr Interesse am Auftrag bekundet. Mit der von der Antragsgegnerin beabsichtigten Zuschlagserteilung an die Beigeladene droht ihr auch ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB, weil sie den Zuschlag auf ihr Angebot erhalten würde, wenn der Zuschlag wegen der gerügten vermeintlichen Vergaberechtsverstöße nicht der Beigeladenen erteilt werden dürfte. 64

c) 65

Mit zwei der drei von ihr im Beschwerdeverfahren noch weiterverfolgten Rügen ist die Antragstellerin auf der Grundlage der ständigen Senatsrechtsprechung jedoch wegen der Nichterfüllung ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. 66

aa) 67

Präkludiert ist die Antragstellerin mit ihrer Beanstandung, dass die von der Beigeladenen vorgelegten Unterlagen nicht bereits aus sich selbst heraus die Gleichwertigkeit der Nebenangebote mit dem Amtsvorschlag nachgewiesen hätten, sondern die Gleichwertigkeit – mit den Vorgaben der Vergabeunterlagen unvereinbar – erst in umfangreichen Untersuchungen von der Antragsgegnerin habe herausgearbeitet werden müssen. Präkludiert ist die Antragstellerin ebenso mit ihrer Rüge, den für den Zuschlag vorgesehenen Nebenangeboten der Beigeladenen fehle es an der Gleichwertigkeit mit dem Amtsvorschlag. Auf die zwischen den Verfahrensbeteiligten streitigen Fragen im Zusammenhang mit der Nachweisführung sowie der Gleichwertigkeit der Nebenangebote kommt es daher nicht an. 68

(1) 69

Die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge hat der Senat in jüngerer Zeit in mehreren Beschlüssen wiederholt ausführlich dargelegt (vgl. z.B. Senatsbeschlüsse vom 15.01.2020 – VII-Verg 20/19, vom 16.08.2019 – VII-Verg 56/18, und vom 12.06.2019 – VII-Verg 54/18, jeweils zitiert nach juris). Danach ist an Rügen zwar ein großzügiger Maßstab anzulegen (siehe Senatsbeschluss vom 13.04.2011 – VII-Verg 58/10, zitiert nach juris, Tz. 53; OLG München, Beschluss vom 07.08.2007 – Verg 8/07, zitiert nach juris, Tz. 11 f.; OLG Dresden, Beschluss vom 06.02.2002 – WVerG 4/02, zitiert nach juris, Tz. 19). Da ein Bieter naturgemäß nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines – oft nur beschränkten – Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es um Vergaberechtsverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen (vgl. [Senatsbeschluss vom 13.04.2011 – VII-Verg 58/10](#), zitiert nach juris, Tz. 53; [OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 09.07.2010 – 11 Verg 5/10](#), zitiert nach juris, Tz. 51; [OLG Dresden, Beschluss vom 06.06.2002 – WVerG 4/02](#), zitiert nach juris, Tz. 18 f.). Der Antragsteller muss aber – wenn sich der Vergaberechtsverstoß nicht vollständig seiner Einsichtsmöglichkeit entzieht – zumindest tatsächliche Anhaltspunkte oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen (siehe [OLG München, Beschluss vom 11.06.2007 – Verg 6/07](#), zitiert nach juris, Tz. 31). Ein Mindestmaß an Substantiierung ist einzuhalten; reine Vermutungen zu eventuellen Vergaberechtsverstößen reichen nicht aus (siehe [Senatsbeschluss vom 13.04.2011, VII-Verg 58/10](#), zitiert nach juris, Tz. 53; [OLG Brandenburg, Beschlüsse vom 29.05.2012 – Verg W 5/12](#), zitiert nach juris, Tz. 4, und vom 20.11.2012 – Verg W 10/12, zitiert nach juris, Tz. 5; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 09.07.2010 – Verg 5/10, zitiert nach juris, Tz. 51; [OLG München, Beschlüsse vom 07.08.2007 – Verg 8/07](#), zitiert nach juris, Tz. 11 f., und vom 02.08.2007 – Verg 7/07, zitiert nach juris, Tz. 15 f.). Da die Rüge einerseits den öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen soll, einen etwaigen Vergaberechtsverstoß zeitnah zu korrigieren (Beschleunigung des Vergabeverfahrens, Selbstkontrolle des öffentlichen Auftraggebers), und andererseits Zugangsvoraussetzung zum Nachprüfungsverfahren ist, ist es unabdingbar, dass der Antragsteller – um unnötige Verzögerungen des Vergabeverfahrens zu vermeiden und einem Missbrauch des Nachprüfungsverfahrens vorzubeugen – bereits frühzeitig diejenigen Umstände benennt, aufgrund derer er vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes ausgeht. Aus Gründen der Beschleunigung wie auch zur Vorbeugung gegen den Missbrauch der Rüge beziehungsweise des Nachprüfungsverfahrens ist dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht zuzumuten, auf gänzlich unsubstantiierte Rügen hin in eine (ggf. erneute) Tatsachenermittlung einzutreten. Daher ist der Antragsteller gehalten, schon bei Prüfung der Frage, ob ein Vergaberechtsverstoß zu rügen ist, Erkenntnisquellen auszuschöpfen, die ihm ohne großen Aufwand zur Verfügung stehen. Zudem muss er, um eine Überprüfung zu ermöglichen, angeben, woher seine Erkenntnisse stammen (siehe [Senatsbeschluss vom 13.04.2011, VII-Verg 58/10](#), zitiert nach juris, Tz. 53 f.; [OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.11.2012, Verg W 10/12](#), zitiert nach juris, Tz. 5).

(2)

71

Den vorstehenden Minimalanforderungen genügten die eingangs genannten, mit Schreiben der Antragstellerin vom 31.05.2019 erhobenen Rügen nicht. Die Antragstellerin leitete die von ihr gerügten Vergaberechtsverstöße in diesem Schreiben allein daraus ab, dass die Antragsgegnerin die Nebenangebote der Beigeladenen nach eigenem Bekunden im Schreiben vom 28.05.2019 „intensiv geprüft“ habe. Das ist als tatsächlicher Anhaltspunkt oder Indiz für die von der Antragstellerin geltend gemachten Vergaberechtsverstöße jedoch

72

unzureichend. Mit der von der Antragstellerin gewählten Begründung wird aus Sicht eines mit den Umständen vertrauten Dritten in der Lage der Vergabestelle (vgl. Senatsbeschluss vom 22.03.2017 – VII-Verg 54/16, zitiert nach juris, Tz. 43) eine Rüge ohne Substanz und auf bloßen Verdacht hin ins Blaue hinein erhoben. Die vorausgegangene Erklärung der Antragsgegnerin im Schreiben vom 28.05.2019 – „Das letztlich bezuschlagte Nebenangebot ... wurde sowohl inhaltlich im Wege der Angebotsaufklärung als auch preislich im Wege der Preisaufklärung intensiv geprüft“ – beschreibt bei einer Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont nichts anderes als eine sorgfältige Prüfung. Eine sorgfältige Prüfung ist aber per se kein Hinweis auf einen möglichen Vergaberechtsverstoß.

Dass es den von der Antragstellerin mit Schreiben vom 31.05.2019 erhobenen Rügen zur Nachweisführung und zur Gleichwertigkeit an der nötigen, aber ohne Weiteres möglichen Substanz fehlte, belegt auch der Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten an die Vergabekammer vom 12.08.2019. Darin wird ausgeführt, dass die Antragstellerin zu ihrem Schluss auf den gerügten Vergaberechtsverstoß gekommen sei, nachdem sie sich nach Erhalt des Schreibens der Antragsgegnerin vom 28.05.2019 mit den Informationen auf der Homepage der Beigeladenen – die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat Gegenstand der Erörterung war –, dem „System I.“ sowie den Rahmenbedingungen der Baumaßnahme näher befasst habe. Zu diesen tatsächlichen Anknüpfungspunkten für die von ihr gerügten Vergaberechtsverstöße findet sich im Rügeschreiben der Antragstellerin vom 31.05.2019 jedoch kein Wort. 73

(3) 74

Die Antragstellerin hat vor Einleitung des Vergabenachprüfungsverfahrens am 07.06.2019 auch keine neuerlichen, den Substantiierungsanforderungen des § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB genügenden Rügen mehr erhoben, obwohl sie hierzu noch eine Woche Zeit hatte und sie mit dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 04.06.2019 sogar einen Denkanstoß in diese Richtung erhielt. Ordnungsgemäße Rügen waren hier, weil die Antragstellerin von ausreichenden Anknüpfungstatsachen für Vergaberechtsverstöße Kenntnis hatte, nicht verzichtbar. 75

Zwar kann eine Rüge im Einzelfall entbehrlich sein, wenn der Bieter nach den Umständen davon ausgehen muss, dass sie offensichtlich aussichtslos ist. Nach der Rechtsprechung des Senats (siehe zuletzt Senatsbeschluss vom 15.01.2020 – VII-Verg 20/19, zitiert nach juris, Tz. 67) entfällt die Rügeobliegenheit ausnahmsweise, wenn eine Rüge ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann und daher „reine Förmerei“ wäre. Ihren Zweck, dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit der Selbstkontrolle und der Korrektur von Rechtsverstößen ohne Durchführung eines zeitverzögernden Vergabenachprüfungsverfahrens zu geben (Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 160 GWB Rn. 37; Jaeger, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 160 GWB Rn. 3), kann eine Rüge dann nicht erfüllen, wenn der öffentliche Auftraggeber eindeutig zu erkennen gibt, dass er unumstößlich an seiner Entscheidung festhält und auch auf eine Rüge unter keinen Umständen von seiner Entscheidung abrücken wird (Senatsbeschlüsse vom 16.08.2019 – VII-Verg 56/18, zitiert nach juris, Tz. 58, und vom 11.01.2012 – VII-Verg 67/11, zitiert nach juris, Tz. 80). Diese Voraussetzungen waren hier jedoch nicht gegeben. Die Antragsgegnerin hatte bis zur Einleitung des Vergabenachprüfungsverfahrens – spätere Äußerungen sind regelmäßig nicht zu berücksichtigen (OLG München, Beschluss vom 19.09.2018 – Verg 6/18, zitiert nach juris, Tz. 59) – nicht zu verstehen gegeben, sich mit einer sachlich begründeten Rüge der Antragstellerin nicht mehr auseinandersetzen und deren Argumente nicht mehr würdigen zu wollen. Sie hat die Rügen der Antragstellerin zur 76

Unzulänglichkeit der mit den Nebenangeboten vorgelegten Unterlagen und dem damit nicht erbrachten Gleichwertigkeitsnachweis sowie zur fehlenden Gleichwertigkeit mit ihrem Schreiben vom 04.06.2019 – im Ergebnis zutreffend – vielmehr nur als Rügen ins Blaue hinein zurückgewiesen.

(4) 77

Soweit die Antragstellerin ihre Beanstandungen mit ihrem an die Vergabekammer gerichteten Nachprüfungsantrag vom 07.06.2019 substantiiert hat, war dies mit Blick auf § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB zu spät. Ein solches erst im Nachprüfungsantrag enthaltenes Vorbringen ist nur ausnahmsweise dann nicht präkludiert, wenn Voraussetzungen vorliegen, wie sie in dem vom Senat entschiedenen Beschwerdeverfahren VII-Verg 54/18 gegeben waren. Dort hatte das antragstellende Unternehmen zunächst eine unzulässige Rüge ins Blaue hinein erhoben (vgl. Senatsbeschluss vom 12.06.2019 – VII-Verg 54/18, zitiert nach juris, Tz. 73 f.). Dies war in jenem Verfahren deshalb unschädlich, weil der öffentliche Auftraggeber nachfolgend unter Verstoß gegen § 134 GWB den Zuschlag erteilte. Dagegen konnte sich das antragstellende Unternehmen mit einem Nachprüfungsantrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB wehren und diesen zugleich auf den bereits gerügten, diesmal aber substantiierten Vergaberechtsverstoß stützen, von dem es zwischenzeitlich im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB Kenntnis erlangt hatte. Dass die Präklusionsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bereits vorgelegen hatten, ließ sich nicht feststellen. Danach, nach Erteilung des Zuschlags, bedurfte es keiner Rüge mehr. Wenn der öffentliche Auftraggeber einem anderen Unternehmen bereits den Zuschlag erteilt hat, ist eine Rüge sinnlos und entbehrlich (Maimann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 135 Rn. 33). Eine Situation, die jener im Beschwerdeverfahren VII-Verg 54/18 vergleichbar ist, liegt hier jedoch nicht vor.

bb) 79

Nicht präkludiert ist die Antragstellerin allein mit ihrer Rüge, dass die Beigeladene mit dem Angebot erklärt habe, die Leistungen der für den Zuschlag vorgesehenen Nebenangebote vollständig selbst zu erbringen, so dass ihr, der Beigeladenen, weil sie hierzu bezogen auf die Rohrvortriebsarbeiten technisch nicht in der Lage sei, die notwendige Eignung fehle. Davon wusste die Antragstellerin bis zur Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nichts. Vom Inhalt der Erklärung der Beigeladenen zum Nachunternehmereinsatz hat sie erst im Verlauf des Vergabenachprüfungsverfahrens durch Einsichtnahme in die Vergabeakte erfahren. Zu diesem Zeitpunkt musste sie, weil das Vergabenachprüfungsverfahren bereits eingeleitet war, keine gesonderte Rüge mehr erheben, weil sich ein Nachprüfungsverfahren dadurch nicht mehr vermeiden ließ.

Ein Ausschluss der Antragstellerin mit der Rüge fehlender Eignung der Beigeladenen folgt auch nicht daraus, dass ihr Nachprüfungsantrag, soweit sie ihn in der Beschwerdeinstanz noch weiterverfolgt, im Übrigen unzulässig ist. Ein ursprünglich unzulässiger Nachprüfungsantrag wird durch Nachschieben einer zulässigen vergaberechtlichen Beanstandung teilweise zulässig (OLG Brandenburg, Beschluss vom 06.10.2006 – Verg W 6/06, zitiert nach juris, Tz. 67; OLG Koblenz, Beschluss vom 26.10.2005 – 1 Verg 4/05, zitiert nach juris, Tz. 76).

2. 82

Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er jedoch nicht begründet. Wie eine Auslegung des Angebotsschreibens der Beigeladenen unter Berücksichtigung der außerhalb 83

der Erklärung liegenden Umstände ergibt, war das Angebot bezüglich der Erklärung zum Nachunternehmereinsatz unter Ziffer II. des Angebotsschreibens trotz des eindeutigen Wortlauts unklar und demzufolge nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aufzuklären (vgl. zur Aufklärungspflicht BGH, Urteil vom 18.06.2019 – X ZR 86/17 – *Straßenbauarbeiten*, zitiert nach juris, Tz. 21; Senatsbeschlüsse vom 02.08.2017 – VII-Verg 17/17, zitiert nach juris, Tz. 38, und vom 21.10.2015 – VII-Verg 35/15, zitiert nach juris, Tz. 34 f.). Die notwendige Aufklärung bestätigte, wofür bereits die vorausgegangene Auslegung der Erklärung unter Berücksichtigung der sie begleitenden Umstände sowie des übrigen Angebots sprachen, dass nämlich die Erklärung zum Nachunternehmereinsatz eigentlich fehlte beziehungsweise unvollständig war. Infolgedessen konnte und musste die Erklärung von der Antragsgegnerin bis zum 17.07.2019 nach § 16a EU Satz 1 VOB/A 2016 und ab dem 18.07.2019 nach § 16a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A 2019 nachgefordert werden. Mit diesen Vorschriften ist einer strengen Handhabung von Ausschlussgründen, die allein vom Gedanken formaler Ordnung geprägt ist, die gesetzliche Grundlage entzogen (vgl. BGH, Urteil vom 18.06.2019 – X ZR 86/17 – *Straßenbauarbeiten*, zitiert nach juris, Tz. 23; Urteil vom 19.06.2018 – X ZR 100/16 – *Uferstützmauer*, zitiert nach juris, Tz. 11). Da die Beigeladene die mit dem Angebot geforderte Erklärung – ohne förmliche Aufforderung durch die Antragsgegnerin nach § 16a EU Satz 2 VOB/A 2016 bzw. § 16a EU Abs. 4 Satz 1 VOB/A 2019 – ausweislich des Sitzungsprotokolls der Vergabekammer im dortigen Termin zur mündlichen Verhandlung am 14.08.2019 inzwischen von sich aus abgegeben hat, ist eine förmliche Aufforderung mittlerweile sogar entbehrlich. Anders als die Antragstellerin meint, ist die Antragsgegnerin infolgedessen nicht wegen fehlender Eignung der Beigeladenen nach § 16b EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A 2019 gehindert, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen.

a) 84

Auf das noch nicht durch Zuschlag beendete Vergabeverfahren findet seit dem 18.07.2019 die VOB/A 2019 Anwendung. Am 18.07.2019 ist die Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung und der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12.07.2019 (BGBl. I S. 1081) in Kraft getreten, durch welche § 2 Satz 2 VgV geändert worden ist. Seit dem 18.07.2019 verweist § 2 Satz 2 VgV für die Vergabe von Bauaufträgen statisch auf die VOB/A 2019. Da die Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung und der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12.07.2019 keine Übergangsvorschrift enthält, ist die neue VOB/A 2019 auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung in § 2 Satz 2 VgV noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren anzuwenden (so auch von Wietersheim, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 13. Ed., Stand 31.07.2019, § 2 VgV Rn. 12).

b) 86

Soweit die Antragstellerin geltend macht, dass die Voraussetzungen einer Nachforderung – ursprünglich nach § 16a EU Satz 1 VOB/A 2016 und nunmehr nach § 16a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A 2019 – nicht vorlägen, weil die Beigeladene mit ihrem Angebot eine Nachunternehmererklärung abgegeben habe, ist dies auf den ersten Blick, bei isolierter Betrachtung des Angebotswortlauts, zutreffend. Nach dem Wortlaut des Angebotsschreibens hat die Beigeladene eine eindeutige Erklärung zum Nachunternehmereinsatz abgegeben. Sie hat damit, weil sie in dem Schreiben unter Ziffer II. kein Kästchen angekreuzt und keine Nachunternehmerleistungen eingetragen hat, erklärt, alle Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen. Das Angebotsschreiben enthielt für den Fall, dass Bieter kein Kästchen für den Nachunternehmereinsatz ankreuzten und keine Nachunternehmerleistungen eintragen, wie das auch die Beigeladene unterlassen hat, eine ausdrückliche Erklärung dieses Inhalts („Ich /

Wir werde(n) die Leistungen im eigenen Betrieb ausführen, soweit nicht nachfolgend anders angegeben.“). Diese Erklärung, die Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen, entspricht inhaltlich der Standarderklärung zum Nachunternehmereinsatz im Formblatt 213EG des VHB Bund (Stand: Mai 2010), wenn das Formblatt 235EG nicht ausgefüllt wird („Ich/Wir werde(n) die Leistungen, die ich/wir nicht im Formblatt 235EG angegeben habe(n), im eigenen Betrieb ausführen.“ – vgl. dazu BGH, Urteil vom 29.11.2016 – X ZR 122/14 – *Tischlerarbeiten*, zitiert nach juris, Tz. 39, und OLG Naumburg, Urteil vom 27.11.2014 – 2 U 152/13, zitiert nach juris, Tz. 5, wo die dortige Klägerin als Bieterin mit ihrem Angebot das Formblatt 213EG zusammen mit einem unausgefüllten Formblatt 235EG eingereicht hatte, obwohl sie einen Nachunternehmereinsatz plante).

aa) 88

Anders als die Vergabekammer angenommen hat, konnte eine mit dem Angebotsschreiben abzugebende Erklärung zur Ausführung der Leistungen im eigenen Betrieb hier nicht ohne Weiteres wegen des Hinweises auf die Nachforderung fehlender Erklärungen in der Auftragsbekanntmachung nachgefordert werden. Soweit in der Auftragsbekanntmachung vom 11.01.2019 auf die Möglichkeit der Nachforderung von Erklärungen nach § 16a VOB/A hingewiesen worden ist, bezieht sich dies zum einen gar nicht speziell auf die schon mit der Auftragsbekanntmachung geforderte Nachunternehmererklärung, sondern gleichermaßen auf andere Erklärungen und Nachweise. Zum anderen kann der Verweis auf § 16a EU VOB/A auch nur dann durchgreifen, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind. Im Falle der Anwendung von § 16a EU Satz 1 VOB/A 2016 musste also eine Erklärung fehlen. Das Fehlen einer Erklärung lässt sich hier aber gerade nicht ohne Weiteres annehmen, weil die Antragstellerin infolge des Nichtankreuzens der Kästchen unter Ziffer II. des Angebotsschreibens und der unterlassenen Eintragung von Nachunternehmerleistungen eine Erklärung abgegeben hat, wenn für das Verständnis des Erklärten nur vom Wortlaut des Angebotsschreibens ausgegangen wird. 89

bb) 90

Bezüglich der Arbeiten, die die Beigeladene nicht selbst erbringen möchte, fehlt es an einem nach dem Wortlaut eindeutigen Erklärungsgehalt der Ziffer II. des Angebotsschreibens auch nicht deshalb, weil es sich bei den beiden insoweit in Betracht kommenden Leistungen, den Rohrvortriebsarbeiten und der Kampfmittelsondierung, nicht um Nachunternehmerleistungen im Sinne dieser Ziffer des Angebotsschreibens handelt. In Rechtsprechung und Literatur ist zwar anerkannt, dass nicht jegliche im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehende Leistung, die ein Drittunternehmen erbringt, als Nachunternehmerleistung einzustufen ist. Teilleistungen, die sich auf reine Hilfsfunktionen beschränken wie zum Beispiel Speditionsleistungen, Gerätemiete oder Baustofflieferungen, werden in der Regel nicht als Nachunternehmerleistungen qualifiziert (OLG Naumburg, Beschluss vom 26.01.2005 – 1 Verg 21/04, zitiert nach juris, Tz. 19; Opitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 122 GWB Rn. 41). Umgekehrt sind aber spezifische Bauleistungen, die im Rahmen eines Unterauftrags vergeben werden können, als Nachunternehmerleistungen anzusehen. Insbesondere die hier zu erbringenden Rohrvortriebsarbeiten sind als spezifische Bauleistungen danach auch dann noch als Nachunternehmerleistungen einzuordnen, wenn sie – wie die Beigeladene geltend macht – im Rahmen der vorliegenden Baumaßnahme technisch unkritisch sein sollten und ihr wirtschaftliches Gewicht hier nicht übermäßig groß sein sollte. 91

c) 92

93

Die nach dem Wortlaut zunächst eindeutig erscheinende Erklärung unter Ziffer II. im Angebotsschreiben der Beigeladenen erweist sich jedoch als unklar und nach Aufklärung als fehlende bzw. unvollständige Erklärung im Sinne von § 16a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A 2019, wenn bei der Auslegung der Erklärung nach §§ 133, 157 BGB die begleitenden Umstände miteinbezogen werden. Bei Berücksichtigung derselben musste die Antragsgegnerin vor der Angebotsaufklärung für überwiegend wahrscheinlich halten, dass die unterlassene Markierung der Kästchen und die fehlende Eintragung von Nachunternehmerleistungen entweder auf einem Missverständnis (vgl. BGH, Urteil vom 18.06.2019 – X ZR 86/17 – *Straßenbauarbeiten*, zitiert nach juris, Tz. 14) oder aber auf Nachlässigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.2016 – X ZR 122/14 – *Tischlerarbeiten*, zitiert nach juris, Tz. 39) beruhte und die Beigeladene tatsächlich nicht sämtliche Leistungen im eigenen Betrieb ausführen lassen, sondern einen Teil davon Nachunternehmern übertragen wollte.

(1) 94

Maßstab der Auslegung einer Bietererklärung nach §§ 133, 157 BGB ist, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte (Senatsbeschluss vom 22.03.2017 – VII-Verg 54/16, zitiert nach juris, Tz. 43). Dabei ist der Wortlaut der Erklärung zwar ein ganz zentraler, aber nicht der einzige zu würdigende Gesichtspunkt. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die eine Erklärung begleitenden Umstände bei der Auslegung berücksichtigt werden können (vgl. Senatsbeschlüsse vom 02.08.2017 – VII-Verg 17/17, zitiert nach juris, Tz. 36, vom 22.03.2017 – VII-Verg 54/16, zitiert nach juris, Tz. 46, und vom 12.03.2007 – VII-Verg 53/06, zitiert nach juris, Tz. 59). Allerdings sind nur solche Umstände berücksichtigungsfähig, die auch dem Empfänger bei Zugang der Erklärung erkennbar sind (BayObLG, Beschluss vom 11.02.2004 – Verg 1/04, zitiert nach juris, Tz. 12, und Beschluss vom 16.09.2002 – Verg 19/02, zitiert nach juris, Tz. 18). Einigkeit besteht in der Rechtsprechung zudem darüber, dass bei der Auslegung von Bietererklärungen die Gebote eines transparenten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter berücksichtigt werden müssen (OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.11.2014 – Verg W 9/14, zitiert nach juris, Tz. 20; BayObLG, Beschluss vom 11.02.2004 – Verg 1/04, zitiert nach juris, Tz. 12), auf die auch § 16a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A 2019 ausdrücklich Bezug nimmt. Schließlich ist anerkannt, dass es auf das Erklärungsverständnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung beim Erklärungsempfänger ankommt (Senatsbeschluss vom 13.03.2019 – VII-Verg 42/18, zitiert nach juris, Tz. 42; Senatsbeschluss vom 12.03.2007 – VII-Verg 53/06, zitiert nach juris, Tz. 58 f.; OLG München, Beschluss vom 21.02.2008 – Verg 1/08, zitiert nach juris, Tz. 31 und 47). Spätere Äußerungen sind dabei insoweit berücksichtigungsfähig, als sie Aufschluss über das Verständnis bei Erklärungszugang geben (Senatsbeschlüsse vom 13.03.2019 – VII-Verg 42/18, zitiert nach juris, Tz. 42, und vom 12.03.2007 – VII-Verg 53/06, zitiert nach juris, Tz. 59; OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.11.2014 – Verg W 9/14, zitiert nach juris, Tz. 19).

(2) 96

Der Berücksichtigung der Umstände bei der Auslegung steht hier – anders als die Antragstellerin wohl meint – nicht entgegen, dass weder die Umstände selbst noch hieraus von der Antragsgegnerin gezogene Schlussfolgerungen in der Vergabeakte dokumentiert sind. Dem Vergabevermerk der Antragsgegnerin vom 07.05.2019, der erst Wochen nach der Angebotsöffnung gefertigt worden ist, ist zwar zu entnehmen, dass der Nachunternehmereinsatz Gegenstand des Aufklärungsgesprächs vom 03.04.2019 war. Dazu verhalten sich allerdings ihrerseits weder der das Gespräch vorbereitende Fragenkatalog

noch das Besprechungsprotokoll. Dies hindert eine Auslegung der Erklärung der Beigeladenen in dem eingangs genannten Sinn jedoch nicht, weil die für die Auslegung der Erklärung und ihr Verständnis maßgeblichen äußeren Umstände, die für eine infolge Missverständnisses oder Nachlässigkeit fehlende Nachunternehmererklärung sprechen, unstreitig sind. Hierauf kann sich die Antragsgegnerin auch berufen. Der öffentliche Auftraggeber kann im Nachprüfungsverfahren nicht kategorisch mit allen Aspekten und Argumenten präkludiert werden, die nicht zeitnah im Vergabevermerk niedergelegt worden sind (BGH, Beschluss vom 08.02.2011 – X ZB 4/10, zitiert nach juris, Tz. 73); sein Vorbringen im Vergabenachprüfungsverfahren kann nicht allein aufgrund fehlender Dokumentation in der Vergabeakte als Schutzbehauptung zurückgewiesen werden (vgl. auch Senatsbeschluss vom 09.05.2018 – VII-Verg 13/18, zitiert nach juris, Tz. 38 ff.). Stehen eine Erklärung begleitende Umstände fest, die der öffentliche Auftraggeber bei seinem Verständnis der Erklärung zu berücksichtigen hatte, können sie auch ohne zeitnahe Dokumentation in der Vergabeakte bei der Auslegung berücksichtigt werden. Die Gebote eines fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.11.2014 – Verg W 9/14, zitiert nach juris, Tz. 20) stehen dem nicht entgegen, weil eine Manipulationsgefahr in diesem Fall nicht besteht. Gleichwohl ist jedem Auftraggeber zur Vermeidung eines Manipulationsverdachts dringend zu raten, das Vergabeverfahren nach § 20 EU VOB/A im Hinblick auf das Verständnis von Bietererklärungen zeitnäher und sorgfältiger zu dokumentieren, als die Antragsgegnerin und das von ihr eingeschaltete Ingenieurbüro es hier getan haben.

(3)

98

Die nach alledem zulässige Berücksichtigung der Umstände führt hier dazu, dass die nach dem Wortlaut eindeutig erscheinende Erklärung zum Nachunternehmereinsatz unter Ziffer II. im Angebotsschreiben der Beigeladenen nicht mehr eindeutig, sondern unklar ist. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat war es unstreitig, dass es in Deutschland nur drei bis vier Unternehmen gibt, die Rohrvortriebsarbeiten, wie sie Gegenstand des Amtsvorschlags sind, im eigenen Betrieb durchführen können. Die für die Arbeiten benötigten besonderen Maschinen sind, wie die Antragstellerin unwidersprochen selbst vorgetragen hat, auch nicht ohne Weiteres am Markt verfügbar und zu erwerben. Es wäre lebensfremd, anzunehmen, dass die Antragsgegnerin, die laufend Kanalbaumaßnahmen vergibt, um diese Situation bei Ablauf der Angebotsabgabefrist nicht wusste, sondern nur die Antragstellerin und die Beigeladene hiervon Kenntnis hatten. Zudem wusste die Antragsgegnerin – wie bereits die Vergabekammer festgestellt hat – aus ihrer Zusammenarbeit mit der Beigeladenen in der Vergangenheit, dass diese bei vorausgegangenen Projekten für Rohrvortriebsarbeiten Nachunternehmer eingesetzt hatte. Bei Ablauf der Angebotsabgabefrist waren für die Antragsgegnerin keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Beigeladene bei der vorliegenden Kanalbaumaßnahme für die nach dem Amtsvorschlag vorgesehenen Rohrvortriebe anderes plante oder zu anderem in der Lage war. Dagegen sprach auch ein Gesichtspunkt, der sich unmittelbar aus den Angeboten der Beigeladenen ergab. Die Beigeladene bot der Antragsgegnerin zu einem gegenüber den Rohrvortriebsarbeiten nach Amtsvorschlag niedrigeren Preis mit mehreren Nebenangeboten einen sogenannten „dynamischen Rohrvortrieb“ an. Bis heute ist die Beigeladene im eigenen Betrieb nur zu dieser – in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörterten – Vortriebstechnik in der Lage, die mit der Rohrvortriebstechnik des Amtsvorschlags aber nicht vergleichbar ist. Das hat der Geschäftsführer der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat deutlich gemacht. Wegen fehlender Gleichwertigkeit mit dem Amtsvorschlag sind die Nebenangebote der Beigeladenen, mit denen sie diese Technik angeboten hat, von der Antragsgegnerin auch abgelehnt worden. Dass der „dynamische

99

Rohrvortrieb“ als alternativ angebotene simplere Technik in den Nebenangeboten der Beigeladenen breiten Raum einnahm, konnte aus der Perspektive eines mit den Umständen des Einzelfalls vertrauten Dritten in der Lage der Vergabestelle als weiteres Indiz dafür angesehen werden, dass die Angabe eines Nachunternehmereinsatzes unter Ziffer II. des Angebotsschreibens – zumindest bezogen auf die Rohrvortriebe nach Amtsvorschlag – infolge eines Missverständnisses oder infolge von Nachlässigkeit bei Verwendung des den Bietern zur Verwendung vorgegebenen Angebotsformulars unterblieben sein musste. Wenn der Beigeladenen bei Angebotsabgabe die für die Rohrvortriebe gemäß Amtsvorschlag notwendige spezielle Technik zur Verfügung gestanden hätte, wären solche Nebenangebote eher nicht zu erwarten gewesen. Dann hätte es vielmehr nahe gelegen, den Einsatz der vorhandenen speziellen Maschinen, über die nur wenige weitere Marktteilnehmer verfügen, zum Zwecke ihrer Auslastung und Amortisierung möglichst umfänglich und dadurch – eine höhere Auslastung senkt die Kosten – zugleich etwas kostengünstiger anzubieten.

d) 100

Dass den für den Zuschlag vorgesehenen Nebenangeboten der Beigeladenen außer der Nachunternehmererklärung noch weitere Erklärungen oder Nachweise (Angebotskalkulation, vervollständigte EFB-Blätter) nicht beigelegt waren, wie die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer noch behauptet hat, hat sie nicht zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gemacht, § 172 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GWB. Im Übrigen ist dafür nach dem Inhalt der Vergabeakte auch nichts ersichtlich. 101

III. 102

Da die Antragstellerin unterlegen ist, hat sie gemäß § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 GWB die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich derjenigen des Verfahrens nach § 173 Abs. 3 Satz 1 GWB zu tragen. Die der Beigeladenen in der Beschwerdeinstanz entstandenen Kosten sind hierin eingeschlossen. Es entspricht der Billigkeit gemäß § 78 GWB, der Antragstellerin auch die der Beigeladenen im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten aufzuerlegen. Die Beigeladene hat sich in substantieller Weise mit schriftsätzlichem und mündlichem Vortrag am Verfahren in der Beschwerdeinstanz beteiligt und auch einen Antrag gestellt. 103

Die Entscheidung über den Streitwert des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. 104

Dr. Anger Dr. Scholz Richterinnen am 105
Oberlandesgericht

Dr. Mis-Paulußen ist wegen 106

einer Quarantänemaßnahme 107

verhindert, zu unterschreiben 108

Dr. Anger 109

