

Gericht:	OLG Celle Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	27.02.2020
Aktenzeichen:	13 Verg 5/19
ECLI:	ECLI:DE:OLGCE:2020:0227.13VERG5.19.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Norm:	§ 160 Abs 3 Nr 1 GWB
Zitiervorschlag:	OLG Celle, Beschluss vom 27. Februar 2020 – 13 Verg 5/19 –, juris

Prüfungsmaßstab für die Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen das Vergaberecht

Leitsatz

Zur Maßgeblichkeit eines PDF-Langtext-Leistungsverzeichnisses.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Niedersachsen, 28. Mai 2019, VgK-17/2019 #####, Entscheidung

Tenor

1. Auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners wird die Entscheidung der Vergabekammer vom 28. Mai 2019 aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unzulässig verworfen
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen sowie die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu tragen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen im Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

- 1 Der Antragsgegner schrieb mit Bekanntmachung vom 22. Februar 2019 die Deckensanierung zwischen den Anschlussstellen F. und G. europaweit im offenen Verfahren als Bauauftrag in fünf Losen aus, darunter das hier streitgegenständliche Los 1 betreffend den Straßenbau. Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis.
- 2 Die Ausschreibung erfolgte unter Einbeziehung u.a. der HVA B-StB EU-Teilnahme-bedingungen für die Vergabe von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau

- 3 (Anlage AG 10), die unter B.3 einen Ausschluss von Hauptangeboten mit negativen Einheitspreisen enthalten, soweit solche Preise nicht ausdrücklich für bestimmte OZ (Positionen) in der Leistungsbeschreibung zugelassen sind.
- 4 Den Interessenten wurde vom Antragsgegner auf dem elektronischen Vergabeportal neben einem PDF-Langtext-Leistungsverzeichnis eine GAEB D83-Austauschdatei (im Folgenden: D-Datei) zur Verfügung gestellt, aus der die Bieter mit Hilfe der bei ihnen vorhandenen (Kalkulations-)Software wie „R5“ oder „FiVe“ verschiedene Ansichten eines Leistungsverzeichnisses generieren konnten.
- 5 Das den Bieter zum vollständigen Download zur Verfügung gestellte
- 6 PDF-Langtext-Leistungsverzeichnis enthält vor der OZ 01.03.0005 den Hinweis:
 - 7 „*Hinweis zur OZ 01.03.0005*
Asphaltfräsanbeiten:
Es sind negative Einheitspreise zugelassen.“
- 8 Das Entwurf-Kurztext-/Preis-Verzeichnis, welches die Antragstellerin gemäß den Anforderungen des Antragsgegners mit ihrem Angebot eingereicht hat, lautet vor der OZ 01.03.0005 wie folgt:
 - 9 „*Hinweis zur OZ 01.03.0005*“
- 10 Das (Kurztext-)Leistungsverzeichnis enthält ferner in der Kopfzeile des Inhaltsverzeichnisses den Hinweis
 - 11 „*Die im Vertrags-Leistungsverzeichnis mit Standardleistungs-Nummer*
- 12 *(StL-Nr) gekennzeichneten Beschreibungen der Teilleistungen (OZ) sind nachstehend aufgeführten Leistungsbereichen des STLK/RLK entnommen. Bei Nutzung der elektronischen Fassung des STLK-Langtextes kann eine vollständige Datenübernahme bzw. -einsicht nur bei Verwendung des*
- 13 *AVA-Programmsystems des Auftraggebers gewährleistet werden. Bei Widersprüchen gilt der Wortlaut im Langtext-Verzeichnis der Papierversion*“.
- 14 Die D-Datei wird in der Standardkonfiguration vor der OZ 01.03.0005 mit folgendem Hinweis dargestellt:
 - 15 „*Asphaltfräsanbeiten:*
Es sind negative Einheitspreise zugelassen.“
- 16 Gemäß Ziffer 8 des Angebotsschreibens (Anlage AG 26) erklärten die Bieter mit Unterschrift u.a. Folgendes:
 - 17 „*Ich/Wir erkläre(n), dass*
- ich/wir den Wortlaut der vom Auftraggeber verfassten Langfassung des Leistungsverzeichnisses als allein verbindlich anerkenne(n). ...“
- 18 Die Antragstellerin gab am 27. März 2019 ein Angebot ab (auszugsweise vorgelegt als Anlage AG 12), das für die Positionen OZ 01.03.0005, OZ 01.03.0006 und OZ 01.03.0008, die allesamt Asphaltfräsanbeiten betreffen, negative Einheitspreise enthielt.

Ihr 14-seitiges „Angebots-Leistungsverzeichnis“ enthielt vor der Unterschrift die Erklärung:

- 19 „Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A erklären wir, dass wir den vom Auftraggeber verfassten Wortlaut der Urschrift des LV's als allein verbindlich anerkennen.“
- 20 Das Kurztext-Leistungsverzeichnis reichte die Antragstellerin mit ihrem Angebot ein, trug dort aber nur auf der letzten Seite unter „Zusammenstellung des Angebotes“ die Preise ein.
- 21 Mit Informationsschreiben vom 12. April 2019 (Anlage AG 13), teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht zugelassene negative Einheitspreise enthalte und deshalb von der weiteren Wertung auszuschließen sei.
- 22 Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 15. April 2019 (Anlage AG 14) ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren, weil der Umstand, dass die Zulassung negativer Preise sich nur auf eine Position beschränke, aus der für die Kalkulation verwendeten D-Datei nicht erkennbar sei. Dieser Fehler der Vergabestelle könne nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen.
- 23 Nachdem der Antragsgegner der Rüge nicht abgeholfen hatte, hielt die Antragstellerin zunächst mit Schreiben vom 18. April 2019 (Anlage AG 16) ihre Rüge aufrecht und rügte darüber hinaus das Verbot negativer Einheitspreise als generell unzulässig.
- 24 Nach erneuter Verweigerung der Abhilfe durch den Antragsgegner hat die Antragstellerin sodann mit anwaltlichem Schriftsatz vom 25. April 2019 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer beantragt. Sie hat gemeint, der Antrag sei zulässig, insbesondere habe sie die Rechtsverstöße rechtzeitig gemäß § 160 Abs. 3 GWB gerügt. Im Rahmen der Angebotserstellung sei eine Unstimmigkeit der Vergabeunterlagen für den Kalkulator, der ausschließlich mit der D-Datei gearbeitet habe, nicht erkennbar gewesen. Den Verstoß gegen das generelle Verbot negativer Einheitspreise habe die Antragstellerin erst nach Erhalt des Informationsschreibens am 15. April 2019 rügen können, weil sie bei Angebotserstellung davon ausgegangen sei, dass für alle Asphaltfräspannpositionen eine Befreiung vom Verbot negativer Einheitspreise erteilt worden sei. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, weil sich der vom Antragsgegner geltend gemachte Ausschlussgrund eindeutig und unmissverständlich aus den Vergabeunterlagen ergeben müsse, was vorliegend aus den genannten Gründen nicht der Fall gewesen sei. Bei derart unklaren bzw. widersprüchlichen Vorgaben zum Verbot negativer Einheitspreise könne bei Abweichung von den nicht eindeutigen Ausschreibungsvorgaben kein Ausschluss erfolgen. Ferner sei das vom Antragsgegner formulierte Verbot negativer Einheitspreise in den EU-Teilnahmebedingungen generell vergaberechtswidrig.
- 25 Die Vergabekammer hat auf den Nachprüfungsantrag festgestellt, dass die Antragstellerin durch den Ausschluss ihres Angebotes in ihren Rechten verletzt sei, und hat den Antragsgegner verpflichtet, das Vergabeverfahren in das Stadium vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzuversetzen, die beteiligten Bieter des Vergabeverfahrens erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern und dabei die Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beachten.
- 26 Zur Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei zulässig, insbesondere habe die Antragstellerin ihrer Pflicht genügt, die geltend gemachten Verstöße gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB rechtzeitig zu rügen. Der Antragsgegner ha-

- be der Antragstellerin mit Informationsschreiben vom 12. April 2019 mitgeteilt, dass das Angebot nicht zugelassene negative Einheitspreise enthalte und von der Wertung auszuschließen sei. Daraufhin habe die Antragstellerin bereits mit Schreiben vom 15. April 2019 und damit rechtzeitig ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren gerügt.
- 27 Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die Antragstellerin sei durch den Ausschluss ihres Angebotes in ihren Rechten verletzt, weil die Voraussetzungen für einen Angebotsausschluss aufgrund von unzulässigen Änderungen an den Vergabeunterlagen gemäß §§ 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2, 16 EU Nr. 2 VOB/A nicht vorgelegen hätten. Die Reichweite der ausnahmsweise eingeräumten Möglichkeit der Kalkulation von negativen Preisen sei nicht in allen Dateiformaten der Vergabeunterlagen, die der Antragsgegner den Bieter für ihre Angebote zur Verfügung gestellt habe, eindeutig formuliert und festgelegt worden. Aus der D-Datei gehe im Gegensatz zur Formulierung im PDF-Langtextverzeichnis auch vom Empfängerhorizont eines fachkundigen und mit den öffentlichen Aufträgen im Straßenbau vertrauten Bieters nicht eindeutig hervor, dass der vom Auftraggeber eingeräumte Dispens vom statuierten generellen Verbot der Kalkulation von negativen Einheitspreisen sich ausschließlich auf die Position gemäß Ordnungsziffer 01.03.0005 bezogen habe. Auch wenn die Darstellung von Hinweisen in der D-Datei systemimmanent sei und der Auftraggeber keinen Einfluss auf die grundsätzliche Datenstruktur habe, ändere dies nichts an der Tatsache, dass Widersprüchlichkeiten und Unklarheiten in den unterschiedlichen Fassungen des Leistungsverzeichnisses der Sphäre des Antragsgegners als Verwender dieser Dateiformate zuzurechnen seien. Dem Kalkulator der Antragstellerin habe diese Beschränkung der Zulassung negativer Einheitspreise auf eine einzige Position nicht auffallen müssen, zumal bei der Formulierung des Hinweises der Plural verwendet worden sei. Es sei daher im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich, ob unter Berücksichtigung der von der Antragstellerin zitierten Rechtsprechung die generelle Nichtzulassung von Negativpreisen die Bieterunternehmen unangemessen in ihrer Kalkulationsfreiheit beschränke und deshalb vergaberechtswidrig sei.
- 28 Hiergegen wendet sich der Antragsgegner mit der sofortigen Beschwerde. Er meint, die Begründung der Vergabekammer beruhe auf einer fehlerhaften Tatsachengrundlage. Es gehe im vorliegenden Fall nicht um den Inhalt der vom Antragsgegner zur Verfügung gestellten Daten, die fehlerfrei und vollständig einschließlich aller Hinweise in der D-Datei enthalten sein. Vielmehr gehe es lediglich um die unterschiedliche Darstellung der Hinweise, die jedoch in den Verantwortungsbereich der Antragstellerin falle. Die Antragstellerin hätte in ihrem Programm per Knopfdruck anstatt der Standardkonfiguration, in welcher die Hinwestexte nur in gekürzter Fassung wiedergegeben würden, das Kurztext-Verzeichnis oder das Langtext-Verzeichnis erstellen können. Unabhängig davon hätte die Antragstellerin selbst in der Standardansicht erkennen können, dass der Hinweis nur für die OZ 01.03.0005 gelte, weil es dem Programm systemimmanent sei, dass sich Hinweise ausschließlich auf die nachfolgende Position bezögen. Diese Systematik sei jedem Kalkulator bekannt. Die Formulierung der Hinweise im Plural sei dabei die Regel und habe deshalb keine Bedeutung für ihre Reichweite.
- 29 Darüber hinaus meint der Antragsgegner, es sei allein das Langtext-Verzeichnis in der PDF-Fassung maßgeblich, das unstreitig den betreffenden Hinweis enthalte. Andernfalls sei eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben, wenn die individuelle Ansicht der von den Bieter selbst ausgesuchten Software maßgeblich sei. Die Maßgeblichkeit der Papier- bzw. seit 2016 der PDF-Fassung entspreche auch der langjährigen Praxis. Die

D-Datei werde vom Antragsgegner allein als Serviceleistung zur Vereinfachung für die Bieter zur Verfügung gestellt. Der Vorrang des Langtext-Verzeichnisses werde gegenüber dem Bieter durch den Hinweis vor dem Inhaltsverzeichnis des Kurztext-Leistungsverzeichnisses (Anlage AG 24) klargestellt. Entsprechendes ergebe sich auch aus der Erklärung des Bieters im Angebotsschreiben (Anlage AG 25). Tatsächlich habe die Antragstellerin auch erkannt, dass negative Einheitspreise nur für eine Position zugelassen waren, da sie mit ihrem Angebot neben dem Angebots-Leistungsverzeichnis ein Kurztext-Leistungsverzeichnis abgegeben habe, welches am Ende handschriftlich mit der Angebotsendsumme bepreist ist (Anlage AG 25). Daraus ergebe sich der Bezug des Hinweises auf die OZ 01.03.0005. Die Argumentation der Vergabekammer, die Antragstellerin habe ihr Angebot mit der D-Datei im Langtext erstellt, treffe nicht zu. Ausweislich des Angebots der Antragstellerin habe diese ein Angebots-Leistungsverzeichnis abgegeben. Dabei handele es sich um eine selbst gefertigte, individuell erstellte Darstellung des Leistungsverzeichnisses, die aber nur den Detaillierungsgrad eines Kurztext-Verzeichnisses habe. Deshalb habe die Antragstellerin in ihrem Angebotsschreiben unter Ziffer 8 ausdrücklich die Maßgeblichkeit der Langfassung des Leistungsverzeichnisses anerkannt. Selbst wenn der Antragstellerin der klarstellende Zusatz im Kurztext-Leistungsverzeichnis lediglich entgangen sei, so hätte die Antragstellerin den Verstoß in den Vergabeunterlagen ohne weiteres erkennen können und diesen Verstoß deshalb gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe rügen müssen, was sie nicht getan habe.

- 30 Der Antragsgegner beantragt,
- 31 1. die Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.
- 32 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die notwendigen Auslagen aufzuerlegen.
- 33 Die Antragstellerin verteidigt den angefochtenen Beschluss. Sie vertritt die Auffassung, dass negative Einheitspreise nicht nur in der OZ 01.03.0005 zugelassen seien, sondern für alle Asphaltfräsalbeiten. Insbesondere sei eine vermeintlich beschränkte Zulassung nicht aus der D-Datei erkennbar, die die streitgegenständliche Textsequenz nicht enthalte. Der Hinweistext könne mittels eines Wechsels zwischen verschiedenen Darstellungsarten nur mit einer speziellen Software-Konfiguration angezeigt werden, die nur den Straßenbauämtern zur Verfügung stehe. Vom Empfängerhorizont eines fachkundigen und mit den öffentlichen Aufträgen im Straßenbau vertrauten Bieters sei deshalb – auch wegen der im Plural abgefassten Formulierung – die beschränkte Reichweite der Ausnahme vom generellen Verbot negativer Einheitspreise nicht eindeutig erkennbar gewesen. Dies zeige sich auch darin, dass ein weiterer Bieter wegen eines unzulässigen Angebots negativer Einheitspreise ausgeschlossen worden sei. Die Antragstellerin habe deshalb auf die Vollständigkeit der D-Datei vertrauen dürfen und habe insbesondere keinen Abgleich mit anderen Versionen des Leistungsverzeichnisses vornehmen müssen. Die alleinige Verbindlichkeit der PDF-Fassung sei von den Bieter – insbesondere mit der Ziffer 8 des Angebotsschreibens – nicht bestätigt worden. Da die Antragstellerin den Dispons vom Verbot negativer Einheitspreise auf sämtliche Fräsalbeiten bezogen habe, habe sie vor dem Informationsschreiben des Antragsgegners vom 12. April 2019 auch keinen Anlass gehabt, das Verbot negativer Einheitspreise zu rügen. Wegen der weiteren

Einzelheiten des Vorbringens der Antragstellerin wird auf die Beschwerdeerwiderung (Bl. 282 ff. d.A.) Bezug genommen.

- 34 Die Antragstellerin beantragt,
 - 35 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.
 - 36 Die Beigeladene beantragt,
 - 37 1. die Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.
 - 38 2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Beigeladenen im Verfahren vor der Vergabekammer zum Zwecke der entsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.
 - 39 3. Der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen aufzuerlegen.
 - 40 Die Beigeladene meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil die Rüge der Antragstellerin gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bzw. Nr. 3 GWB präkludiert sei. Jedenfalls sei der Antrag unbegründet, da der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen einer unzulässigen Änderung an den Vergabeunterlagen durch Eintragung negativer Einheitspreise rechtmäßig gewesen sei. Die entsprechende Systematik der D-Datei sei jedem Anwender bekannt. Darüber hinaus sei diese Datei rechtlich nicht maßgebend.
 - 41 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
- II.
- 42 Die zulässige sofortige Beschwerde des Antragsgegners hat Erfolg, da der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig ist. Der Zulässigkeit des Antrags steht die Rügepräklusion des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bzw. Nr. 3 GWB entgegen.
 - 43 1. Soweit die Antragstellerin sich gegen das generelle Verbot negativer Einheitspreise wendet, ist sie mit dieser Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert.
 - 44 a) Zwar ist nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf
 - 45 (Beschluss vom 22. Dezember 2010 – VII-Verg 33/10) das Verbot negativer Preise durch die Klausel der HVA-StB-Bewerbungsbedingungen, die auch vorliegend Gegenstand der Vergabeunterlagen ist, unwirksam. Unter welchen Bedingungen Angebote nicht berücksichtigt werden könnten, sei – so das Oberlandesgericht Düsseldorf – bei Bauaufträgen in der VOB/A abschließend geregelt. Es sei dem öffentlichen Auftraggeber versagt, weitere Ausschlussgründe etwa durch das Verbot negativer Einheitspreise zu schaffen.
 - 46 Wie der Senat bereits in seinem – den Parteien bekannten und auf Bl. 125 ff. zu den Vergabekammerakten gereichten – Beschluss vom 10. Juli 2017 in der Sache 13 Verg 2/17 ausgeführt hat, dürfte der Entscheidung des OLG Düsseldorf beizutreten sein (vgl.

- auch Vergabekammer Freistaat Thüringen, Beschluss vom 7. Januar 2015 - 250-4002-8251/2014-N-015-SHK; Summa in: jurisPK-VergR, 5. Aufl., § 16 VOB/A 2016, Rn. 4).
- 47 b) Die Antragstellerin kann diesen Verstoß jedoch nicht zulässigerweise im Nachprüfungsverfahren verfolgen, weil sie insoweit gegen ihre Rügeobliegenheit gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB verstoßen hat.
- 48 aa) Unstreitig hat die Antragstellerin noch vor Einreichung ihres Angebots vom 27. März 2019 Kenntnis i.S.d. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB von dem generellen Verbot negativer Einheitspreise erlangt. Sie befand sich nach ihrem eigenen Vorbringen lediglich in einem Irrtum über die Reichweite der Ausnahmen von diesem Verbot.
- 49 bb) Die Antragstellerin besaß auch Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Verbots negativer Einheitspreise, weil sie nach dem unbestrittenen Vortrag des Antragsgegners (vgl. S. 7 des Schriftsatzes vom 6. Mai 2019; Bl. 225 VgK) bereits im Jahre 2016 in einem anderen Vergabeverfahren das Verbot negativer Einheitspreise unter Hinweis auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf gerügt hatte und seit März 2018 einen Prozess vor dem Landgericht Hannover führt, in dem sie die Zahlung von Schadensersatz wegen eines Angebotsausschlusses aufgrund negativer Einheitspreise begehrt (vgl. Auszug aus der Klageschrift in der Anlage AG 4, Bl. 231 ff. VgK).
- 50 cc) Die erstmalige Rüge des generellen Verbots negativer Einheitspreise vom 18. April 2019 (Anlage AG 16, Bl. 140 d.A.) ist nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen ab Erlangung von Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß erfolgt; die Antragstellerin ist deshalb mit der Rüge dieses Verstoßes gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präklidiert.
- 51 2. Soweit sich die Antragstellerin gegen eine vermeintliche Unklarheit und Widersprüchlichkeit der Vergabeunterlagen wendet, die dazu geführt habe, dass sie die Ausnahme vom Verbot negativer Einheitspreise als zu weitreichend verstanden und auf sämtliche Asphaltfräsaarbeiten bezogen habe, kann zwar nicht festgestellt werden, dass die Antragstellerin vor ihrem Ausschluss positive Kenntnis i.S.d. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB von diesem behaupteten Vergaberechtsverstoß besaß. Sie ist jedoch mit dieser Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präklidiert.
- 52 § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB lässt bei nicht rechtzeitiger Rüge das Nachprüfungsrecht für solche Verstöße gegen Vergabevorschriften entfallen, die aufgrund der Vergabeunterlagen erkennbar sind. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist hiernach der Inhalt der Vergabeunterlagen. Nur was sich bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt bereits auf dieser Grundlage als vergaberechtswidrig erschließt, begründet die Rügeobliegenheit (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - X ZB 14/06, juris Rn. 34).
- 53 a) Der von der Antragstellerin gerügte Widerspruch zwischen dem Hinweis im PDF-Langtext-Leistungsverzeichnis
- 54 „*Hinweis zur OZ 01.03.0005*
Asphaltfräsaarbeiten:
Es sind negative Einheitspreise zugelassen.“
- 55 und dem Hinweis in der Standardansicht der D-Datei
- 56 „*Asphaltfräsaarbeiten:*“

Es sind negative Einheitspreise zugelassen.“

- 57 ergibt sich unstreitig bereits aus dem Abgleich der beiden Textversionen und damit unmittelbar aus den Vergabeunterlagen.
- 58 b) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin war dieser Widerspruch für sie auch i.S.d. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB erkennbar.
- 59 Prüfungsmaßstab für die Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen das Vergaberecht ist die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Antragstellers. Erkennbar sind somit Vergaberechtsverstöße, die von einem Durchschnittsbieter bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen erkannt werden (vgl. Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 GWB Rn. 266 ff.; Wiese in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 GWB Rn. 157 f.). Die Erkennbarkeit muss sich dabei sowohl auf die den Verstoß begründenden Tatsachen als auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (vgl. Kadenbach in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 GWB Rn. 77).
- 60 aa) In tatsächlicher Hinsicht war der Widerspruch für den hier angesprochenen fachkundigen Bieterkreis zunächst unstreitig bei der Lektüre der beiden vorgenannten Varianten des Leistungsverzeichnisses zu erkennen.
- 61 Dass die Antragstellerin dies bei der Erstellung ihres Angebots nicht bemerkt haben mag, weil ihr Kalkulator nur mit der D-Datei gearbeitet habe, kann die Antragstellerin nicht entlasten. Denn nach dem gebotenen objektiven Maßstab waren die potentiellen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt und Kenntnisse zur Kenntnisnahme auch und gerade von der mit dem zutreffenden Hinweis versehenen PDF-Langtextversion des Leistungsverzeichnisses verpflichtet.
- 62 Es kann an dieser Stelle offenbleiben, ob sich – wie der Antragsgegner meint – die Erkennbarkeit und mögliche Auflösung des widersprüchlichen bzw. unvollständigen Hinweises bereits aus der Struktur des Programms R5 / FiVe ergibt, mit dem die D-Datei geöffnet wird, und ob diese Struktur jedem Kalkulator – und damit auch dem von der Antragstellerin als Zeugen benannten Herrn Bungard – bekannt ist bzw. hätte sein müssen. Die Antragstellerin hat dies in ihrer Beschwerdeerwiderung in Abrede gestellt und insbesondere darauf verwiesen, dass der streitgegenständliche Hinweistext in der D-Datei nur mit einer speziellen Software-Konfiguration angezeigt werden könne, die lediglich den Straßenbauämtern zur Verfügung stehe. Die von der Antragstellerin im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgeführte Standardansicht der D-Datei sowie das über die Druckfunktion generierte Angebots-Leistungsverzeichnis enthielten diesen Hinweis nicht. Darauf kommt es jedoch nicht an.
- 63 Denn jedenfalls folgt die Verpflichtung der Bieter zur Kenntnisnahme von der PDF-Langtextversion daraus, dass der Antragsgegner auf deren alleinige Maßgeblichkeit hingewiesen hatte. Im Einzelnen ergibt sich dies aus den folgenden Passagen der Vergabeunterlagen:
- 64 (1) Gemäß Ziffer 8 des Angebotsschreibens erklärten die Bieter – so auch die Antragstellerin –, dass

- 65 „....ich/wir den Wortlaut der vom Auftraggeber verfassten Langfassung des Leistungsverzeichnisses als allein verbindlich anerkenne(n)...“
- 66 Soweit die Vergabekammer (auf S. 13 des angefochtenen Beschlusses) gemeint hat, dieser Hinweis sei nicht ausreichend, da auch die D-Datei sowohl die Langfassung als auch die Kurzfassung des Leistungsverzeichnisses beinhalte und deshalb die Verbindlichkeit der PDF-Langfassung habe anerkannt werden müssen, vermag diese Begründung nicht zu überzeugen. Bei der Standardansicht der D-Datei, mit der die Antragstellerin – nach ihrem Vorbringen ja gerade ohne Möglichkeit des Wechsels zwischen verschiedenen Darstellungsformen – gearbeitet hat, handelt es sich nicht um eine (von einer Kurzfassung abzugrenzende) „Langfassung des Leistungsverzeichnisses“ im Sinne der vorgenannten Erklärung, die „vom Auftraggeber verfasst ist“. Insoweit kam es dem Antragsgegner für die Bieter erkennbar gerade darauf an, dass eine vom ihm selbst „verfasste“ Version des Leistungsverzeichnisses maßgeblich sein sollte, die aber (nur) in dem zur Verfügung gestellten PDF-Dokument enthalten war. Hingegen sollten ersichtlich nicht solche Leistungsverzeichnisse maßgeblich sein, die vom Bieter selbst anhand der D-Datei und der zu ihrem Auslesen verwendeten – z.T. unterschiedlichen bzw. unterschiedlich konfigurierten – Software erstellt und dabei auch verändert werden konnten.
- 67 (2) Die ebenfalls von den Bieter – und damit wiederum auch von der Antragstellerin – mit dem Angebot abzugebende „Leistungsbeschreibung - Kurzfassung“ (Bl. 116 ff. d.A.) enthält vor dem Inhaltsverzeichnis deshalb zudem den ausdrücklichen Hinweis:
- 68 *„Bei Nutzung der elektronischen Fassung des STLK-Langtextes kann eine vollständige Datenübernahme bzw. -einsicht nur bei Verwendung des AVA-Programmsystems des Auftraggebers gewährleistet werden. Bei Widersprüchen gilt der Wortlaut im Langtext-Verzeichnis der Papierversion.“* (Hervorhebung durch den Senat)
- 69 Entgegen der Auffassung der Vergabekammer (a.a.O.) kommt es nicht darauf an, ob die Antragstellerin ihr Angebot mit der D-Datei „im Langtext“ (gemeint ist wohl die Standardansicht im Programm R5/FiVe) erstellt und auch nur diese unterschrieben hat, so dass ihr der Hinweis auf die Maßgeblichkeit der Papierversion „entgangen“ sein könnte. Jedenfalls war die Antragstellerin nach der Ausschreibung verpflichtet, die „Leistungsbeschreibung - Kurzfassung“ zum Gegenstand ihres Angebots zu machen, und hat dies auch getan. Wenn die Antragstellerin dabei nur die letzte Seite des Verzeichnisses (vgl. Bl. 133 d.A.) ausfüllte, ohne zuvor die Preise für die einzelnen Positionen einzutragen, so mag ihr dies im Hinblick auf das zugleich eingereichte „Angebots-Leistungsverzeichnis“ (Bl. 96 ff. d.A.) freigestanden haben. Dieser Umstand ändert jedoch nichts daran, dass das von der Antragstellerin als Angebotsbestandteil vorgelegte Kurztextverzeichnis den o.g. Hinweis enthält, von dem ein Durchschnittsbietere bei Anwendung der üblichen Sorgfalt hätte Kenntnis nehmen können und müssen.
- 70 Im Übrigen war aus diesem Kurztextverzeichnis, das die Antragstellerin zum Gegenstand ihres Angebots gemacht hat, auch ersichtlich, dass sich der – hier allerdings nicht vollständig abgedruckte – Hinweis vor der OZ 01.03.0005 nur auf diese Position bezieht (vgl. S. 4 unten, Bl. 121 d.A.).
- 71 Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass eine „Papierversion“ des PDF-Leistungsverzeichnisses nicht existiere, rechtfertigt diese sprachliche Ungenauigkeit des Hinweis-

ses, die darauf zurückzuführen ist, dass der Antragsgegner bis vor kurzer Zeit den Bietern eine Papierversion zur Verfügung gestellt hatte, keine abweichende Beurteilung. Das vorliegende Vergabeverfahren wurde – wie nunmehr gesetzlich vorgesehen – ausschließlich elektronisch geführt. Für die Bieter war unter diesen Umständen klar, dass mit dem Begriff „Papierversion“ nur das von dem Antragsgegner unveränderbar vorgegebene – als i.S.d. Ziffer 8 des Angebotsschreibens „vom Auftraggeber verfasste“ – und als solches ausdruckbare PDF-Leistungsverzeichnis gemeint sein konnte. Auf der Vergabeplattform war unter „Leistungsbeschreibungen“ ausschließlich die PDF-Langtext-Version zum Herunterladen bereitgehalten, während die Möglichkeit zum Download der D-Datei erst weiter unten unter „Sonstiges“ bestand.

- 72 Soweit die Antragstellerin erstmals nach der mündlichen Verhandlung vom 15. Oktober 2019 in den nachgelassenen Schriftsätzen vom 5. November 2019 (Bl. 376 ff. d.A.) und vom 9. Dezember 2019 (Bl. 393 ff. d.A.) behauptet, bei der im Hinweis genannten „elektronischen Fassung des STLK-Langtextes“ handele es sich nicht um die D-Datei, weshalb der vorgenannten Hinweis auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde, rechtfertigt dieses Vorbringen keine abweichende Beurteilung. Unstreitig hat der Antragsgegner den Bietern mit den Vergabeunterlagen neben der PDF-Datei zur Erstellung ihrer Kalkulation nur eine einzige elektronische Datei – nämlich die D-Datei – zur Verfügung gestellt, deren Inhalte möglicherweise von der „Papierfassung“ des Leistungsverzeichnisses abweichen konnten. Dementsprechend hat auch der für die Antragstellerin im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat anwesende sachkundige Herr Töns – also der unmittelbare Adressat des Hinweises, der mit der D-Datei gearbeitet hat – im Rahmen der mündlichen Erörterung bestätigt, dass mit der Bezeichnung „elektronische Fassung des STLK-Langtextes“ die D-Datei gemeint gewesen sei. So haben den vorgenannten Hinweis bis dahin auch sämtliche Verfahrensbeteiligte unstreitig verstanden, weshalb die Vergabekammer ebenfalls davon ausgegangen ist, dass die „elektronische Fassung des STLK-Langtextes“ der D-Datei entspricht. Nur auf dieses Verständnis des durchschnittlichen Bieters kommt es aber an dieser Stelle an. Hingegen ist nicht von Bedeutung, ob – wie die Antragstellerin nunmehr erstmals unter Beweisantritt vorträgt – die D-Datei Hinweise enthalten mag, die über den Standardleistungskatalog (STLK) hinausgehen. Dem Antragsgegner kam es mit dem vorstehenden Hinweis ersichtlich darauf an, eine Regelung zur Auflösung etwaiger Widersprüche für den konkreten Fall zu treffen. Eine solche Regelung konnte und musste sich nur auf etwaige Widersprüche im Verhältnis zwischen dem PDF-Leistungsverzeichnis und der individuellen D-Datei, nicht hingegen im Verhältnis zu einem generellen Standardleistungskatalog bzw. zu dessen Inhalten auf dem entsprechenden Online-Portal beziehen. Dass auch die Antragstellerin den Hinweis im Vergabeverfahren zum maßgeblichen Zeitpunkt der Kalkulation und Angebotsabgabe so verstanden hat, ergibt sich aus ihrem eigenen Vorbringen in erster Instanz sowie aus den Angaben des Herrn Töns in der mündlichen Verhandlung.
- 73 (3) Schließlich erklärten die Bieter unmittelbar über der Unterschrift unter das individuelle Angebot (hier: Angebots-Leistungsverzeichnis der Antragstellerin, Bl. 96 ff. d.A., dort S. 14, Bl. 109 d.A.):
- 74 „Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A erklären wir, dass wir den vom Auftraggeber verfassten Wortlaut der Urschrift des LV's als allein verbindlich anerkennen.“
- 75 Mit der „Urschrift des LV's“ ist vom maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont der potentiellen Bieter ersichtlich nicht die Darstellung des Leistungsverzeichnisses der D-Datei

tei in der jeweiligen Software des Bieters gemeint, sondern die Langfassung in Papier- bzw. in ausdruckbarer PDF-Form, die „vom Auftraggeber verfasst“ war. Spätestens die Abgabe dieser Erklärung unmittelbar oberhalb ihrer Unterschrift hätte der Antragstellerin daher Anlass geben müssen, den Inhalt des Langtextverzeichnisses zur Kenntnis zu nehmen und dabei den vermeintlichen Widerspruch zur D-Datei zu erkennen und diesen – soweit der Widerspruch bzw. die Unklarheit aus Sicht der Antragstellerin trotz der vorgenannten Hinweise nicht aufgelöst werden konnte – bis zum Ablauf der Angebotsfrist zu rügen.

- 76 (4) Jedenfalls aus der Gesamtschau der unter (1) bis (3) aufgeführten Hinweise in den Vergabeunterlagen war dem Bieter und damit auch der Antragstellerin ihre Verpflichtung zur Kenntnisnahme von der PDF-Langtextversion erkennbar mit der Folge, dass bei Abgleich dieses Textes mit der Standardansicht der D-Datei der Widerspruch im Hinblick auf die Zulässigkeit negativer Einheitspreise aufgefallen wäre.
- 77 bb) In rechtlicher Hinsicht gehört es zu den Erkenntnismöglichkeiten und Kenntnissen des Durchschnittsbieters, dass er das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, das sich unmittelbar aus § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV und aus § 121 Abs. 1 GWB ergibt, kennt und etwaige Verstöße hiergegen rügt, die zur Abgabe nicht hinreichend vergleichbarer Angebote führen können. Denn von den Unternehmen bzw. für ein Unternehmen tätigen Personen, die bei Ausschreibungen mit hohen Auftragswerten für die Angebote verantwortlich sind, kann erwartet werden, dass sie zumindest über einen aktuellen Text der einschlägigen Vergabeordnung verfügen und wissen, welchen Mindestanforderungen die Vergabeunterlagen genügen müssen. Ein Vergaberechtsverstoß, der sich – wie hier – in rechtlicher Hinsicht durch bloßes Lesen der einschlägigen Normen feststellen lässt, ist für jeden erkennbar, der über die intellektuellen Fähigkeiten verfügt, die notwendig sind, um ein Angebot zu erstellen oder gar ein Unternehmen zu leiten (vgl. Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 GWB Rn. 277). Im Übrigen stellt die Pflicht der Vergabestelle, klare und eindeutige Angaben zu allen Wertungs- und Zuschlagskriterien zu machen eine wesentliche Ausprägung des jedem potentiellen Bieter bekannten Transparenzgebots dar, weil eine rechtmäßige Zuschlagsentscheidung nur getroffen werden kann, wenn die maßgeblichen Anforderungen von allen beteiligten fachkundigen Bietern im gleichen Sinne verstanden und ihren Angeboten zugrunde gelegt werden können (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 24. Juli 2012 – 11 Verg 6/12, juris Rn. 49 m.w.N.).
- 78 c) Die von der Antragstellerin erhobene Rüge der Widersprüchlichkeit bzw. Unklarheit der Vergabeunterlagen erfolgte mit Schreiben vom 15. April 2019 (Anlage AG 14, Bl. 137 d.A.) und damit nicht bis zum Ablauf der Frist für die Angebotsabgabe. Die Antragstellerin ist deshalb auch mit der Rüge dieses Verstoßes und des Folgefehlers – Ausschluss des Angebots mit der Begründung „unzulässige negative Einheitspreise“ – präkludiert.

III.

- 79 Die Kostenentscheidung folgt für das Verfahren vor der Vergabekammer aus § 182 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB und für das Beschwerdeverfahren aus § 175 Abs. 2 i.V.m. § 78 GWB. Danach hat die mit ihrem Nachprüfungsantrag unterlegene Antragstellerin die Kosten des Verfahrens beider Instanzen zu tragen und zwar einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners sowie der Beigeladenen, die sich am Verfahren aktiv beteiligt hat. Dabei war die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten gemäß § 182

Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG für das Verfahren vor der Vergabekammer – nicht hingegen für den Anwaltsprozess im Beschwerdeverfahren – gesondert auszusprechen.