

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.03.2017 - VII-Verg 54/16

Titel:

Bekanntmachung, offenes Verfahren, Vergabeverfahren, Leistungsbeschreibung, Leistungsverzeichnis, Vergabekammer

Normenketten:

BGB § 119 Abs. 1

GWB § 78, § 97 Abs. 7, § 173 Abs. 1 S. 3, § 175 Abs. 2

VOB/B § 5 Abs. 1

Rechtsgebiet:

Privates Baurecht, Vergaberecht

Schlagworte:

Bekanntmachung, offenes Verfahren, Vergabeverfahren, Leistungsbeschreibung, Leistungsverzeichnis, Vergabekammer

vorgehend:

BKartA, *Beschluss* vom 28.11.2016 - VK 1 - 110/16

ECLI:

ECLI:DE:OLGD:2017:0322.VIIVERG54.16.0A

Verkündet am 22.03.2017

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

...

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigte: ...

außerdem verfahrensbevollmächtigt:

...

Beigeladene,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 01.03.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dicks, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Anger und den Richter am Oberlandesgericht Schulte

beschlossen:

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 28.11.2016 (VK 1 - 110/16) wird zurückgewiesen.

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

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... € festgesetzt.

Gründe:

- 1** Mit am 01.07.2016 abgesandter europaweiter Bekanntmachung schrieb die Antragsgegnerin im offenen Verfahren die Leistung, ... Metallbauu. Schlosserarbeiten III" im Rahmen des Bauvorhabens ... aus. Die Angebotsfrist lief am 04.08.2016 ab, einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis.
- 2** Die Vergabeunterlagen enthielten unter anderem einen Detailbauablaufplan und eine Übersicht „Verbindliche Einzelfristen (Vertragstermin)“. Zum Detailbauablaufplan, in dem der 30.09.2016 als Übergabetermin für die Planungsunterlagen durch den Auftraggeber und der 31.10.2016 als Übergabetermin der verbindlichen Ausführungsunterlagen durch den Auftraggeber vorgesehen war, hieß es unter Nr. 2.3 der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (LB):
„Ein Detailbauablaufplan (DTB) mit einer schematischen, grundsätzlichen Darstellung des Ablaufs der Maßnahme sowie der Darstellung der Abhängigkeiten einzelner Teilleistungen ist der Ausschreibung als Anlage beigelegt. Er dient zur Orientierung und hat keinen Anspruch auf Vollständigkeit und Exaktheit in der Vorgabe der technologischen Abläufe und der einzusetzenden Geräte. Die Detailterminplanung für seine vertraglich geschuldeten Leistungen obliegt dem AN.“
- 3** In der Übersicht „Verbindliche Einzelfristen (Vertragstermin)“ wurden unter anderem folgende Leistungen - Nr. 3722 und 3723 des Detailbauablaufplans - mit Abgabedatum genannt:
 - Abgabe Werk- und Montageplanung komplett zur Prüfung (Vertragstermin - Teil 1 (2. OG/2. OG Mezz., 3. OG, DG) Mon 21.11.16
 - Abgabe Werk- und Montageplanung komplett zur Prüfung (Vertragstermin - Teil 2 (UG, EG/EG Mezz., 1. OG /1. OG Mezz.) Mon 05.12.16 Gemäß Nr. 1.2 der den Vergabeunterlagen beigefügten Besonderen Vertragsbedingungen waren verbindliche Fristen im Sinne von § 5 Abs. 1 VOB/B die sich aus der Übersicht „Verbindliche Einzelfristen“ ergebenden Fristen.Die in der Fristenübersicht aufgeführte Werk- und Montageplanung umfasste gemäß Nr. 3.1.80 der LB die „Erstellung einer Werk-, Montageplanung für alle gem. Titel 4 bis 7 auszuführenden Leistungen und deren Bestandteile [...]“. Dazu zählten auch Tore und Rauchschtzvordänge.
- 4** Außer der Antragstellerin gab auch die Beigeladene ein Angebot ab, das allerdings auf einen höheren Angebotspreis endete.
- 5** Unter anderem weil der von der Antragstellerin zur Position 3.1.80 der LB angegebene Preis im Vergleich der Angebote der Bieter ungewöhnlich hoch war, nämlich bei ... € netto gegenüber z.B. ... € netto im Angebot der Beigeladenen lag, lud die

Antragsgegnerin die Antragstellerin mit E-Mail vom 05.09.2016 zu einem Aufklärungsgespräch am 08.09.2016. In der Einladung dazu hieß es unter anderem:

„Wir bitten um Vorbereitung vorrangig zu den Fragen:

Pos. 3.1.80 - Werk- und Montageplanung - Wie wurde diese Leistung kalkuliert. Terminplan des AG (DTB) und verbindliche Einzelfristen [...].“

- 6** Im Termin vom 08.09.2016 bat die Antragsgegnerin die Antragstellerin, die Kalkulation der Position 3.1.80 der LB zu erläutern und die kalkulierten 9.520 Stunden bis zum 12.09.2016 aufzuschlüsseln und zuzuordnen. Im Protokoll des Aufklärungsgesprächs ist zu dem Punkt „Erläuterung des Bieters zum Thema Berücksichtigung des Bauablaufs und der verbindlichen Einzelfristen“ unter anderem festgehalten:

„Der Bieter sieht keine Bedenken bei der terminlichen Umsetzung der Leistungen in den Bereichen techn. Bearbeitung, Lieferung, Montage usw.“

- 7** Die Antragstellerin übersandte der Antragsgegnerin am 12.09.2016 eine tabellarische Stundenaufstellung. Danach waren für die Erbringung der Nr. 3722 und 3723 des Detailbauablaufplans - Erstellung der vollständigen Werk- und Montageplanung Teil 1 und 2-43 bzw. 55 Tage vorgesehen, wobei 55 Tage auch für die Erbringung von Teilen des Teiles 1 der Planung (Tore und Rauchschutzvorhänge) angegeben waren. Die der Antragsgegnerin vorgelegte Aufschlüsselung, untergliedert in Spalten nach laufender Nummer, Nummer des Detailbauablaufplans, Bezeichnung der Leistung, Tagen, Stunden, Arbeitskräften und Gesamtstunden, stellte sich auszugsweise wie folgt dar:

3	3722	Erstellung der vollständigen Werk- und Montageplanung durch den AN -Teil (2. OG/2. OG Mezz,, 3. OG, DG Türen/Fenster	43	3 4	1.376
4	3723	Erstellung der vollständigen Werk- und Montageplanung durch den AN -Teil 2 (UG, EG/EG Mezz,, I.OG/I.OG Mezz.) Türen/Fenster	55	4	1.760
5	3722+3723	Erstellung der vollständigen Werk- und Montageplanung durch den AN -Teil r+2 Tore	55 f	1,5	660
6	3722+3723	Erstellung der vollständigen Werk- und Montageplanung durch den AN -Teil r+2 Rauchschutzvorhänge	55 8	1,5	660

- 8** Wegen der weiteren Einzelheiten der Aufschlüsselung wird auf die in den Akten der Vergabestelle und Vergabekammer befindlichen Exemplare verwiesen.
- 9** Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin daraufhin mit Schreiben vom 14.10.2016 mit, ihr Angebot nicht zu berücksichtigen, weil es unzulässige Änderungen der Vergabeunterlagen enthalte. Mit Schreiben vom 17.10.2016 rügte die Antragstellerin diese Entscheidung, woraufhin die Antragsgegnerin diese mit Schreiben vom 18.10.2016 näher erläuterte und die Rüge zurückwies. Die Antragstellerin äußerte sich hierzu mit einem Schreiben vom 20.10.2016, dem sie die Stundenaufschlüsselung mit handschriftlichen Erläuterungen wie „30.09.-5.12.16 = 55 WT“ nochmals beifügte. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ablichtung in den Akten der Vergabekammer Bezug genommen. Die Antragsgegnerin änderte ihre Entscheidung daraufhin jedoch nicht.

- 10** Mit Schreiben vom 24.10.2016 hat die Antragstellerin die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer des Bundes beantragt.
- 11** In ihrem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin die Ansicht vertreten, dass sie die verbindlichen Termine einhalte. Sie habe bereits den 30.09.2016 als Beginn ihrer Planungsleistungen ansetzen dürfen, da die im Detailbauablaufplan vorgesehenen Termine nicht verbindlich seien. Ausgehend hiervon würden die verbindlichen Abgabetermine eingehalten.
- 12** Die anwaltlich vertretene Antragstellerin hat beantragt,
 1. festzustellen, dass die Antragstellerin durch den Ausschluss mit Absageschreiben vom 14. Oktober 2016 in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt wird,
 2. geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
hilfsweise:
 3. für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.
- 13** Die Antragsgegnerin hat beantragt,
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
- 14** Die Antragsgegnerin hat insbesondere der Ansicht der Antragstellerin widersprochen, dass als Beginn der Planungsleistungen der 30.09.2016 habe angesetzt werden dürfen.
- 15** Nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 22.11.2016 vorgetragen, dass sich aus Nr. 5 und 6 der Stundenaufschlüsselung der Antragstellerin im Hinblick auf die Tore und Rauchschutzvorhänge des Teiles 1 ergebe, dass die Antragstellerin verbindliche Fristen nicht einhalte. Mit an die Vergabekammer gerichtetem Anwaltsschriftsatz vom 25.11.2016 hat die Antragstellerin daraufhin „höchst vorsorglich“ die Anfechtung ihrer Angaben unter Nr. 5 und 6 der Aufschlüsselung erklärt und angegeben, die betreffenden Leistungen des Teiles 1 hätten von ihr bis zum 21.11.2016 erbracht werden sollen.
- 16** Mit Beschluss vom 28.11.2016 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, die Antragstellerin halte ungeachtet der zwischen den Beteiligten streitigen Frage, wann mit der Planung habe begonnen werden können, die verbindlichen Abgabefristen nicht ein, da sie Teile der Planung des Teiles 1, nämlich die Tore und Rauchschutzvorhänge betreffend, ausweislich ihrer Aufschlüsselung erst bis zum 05.12.2016 fertigstellen wolle. Die gegen die diesbezüglichen Angaben in der Aufschlüsselung gerichtete Anfechtungserklärung der Antragstellerin sei unerheblich, da sie nicht unverzüglich erklärt worden sei. Wegen der weiteren Einzelheiten der Entscheidung der Vergabekammer wird auf die bei der Akte befindliche Ablichtung Bezug genommen.
- 17** Gegen den ihr am 28.11.2016 zugestellten Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 12.12.2016 beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingegangenen sofortigen Beschwerde. Sie rügt die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung der Vergabekammer und macht unter anderem geltend, dass die Antragsgegnerin habe erkennen müssen, dass es sich bei den Erklärungen in der Aufschlüsselung um ein Versehen gehandelt habe.
- 18** Die Antragstellerin beantragt,

der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren „Metallbau- und Schlosserarbeiten III“ (Vergabenummer 3805/2016) die Erteilung eines Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen zu untersagen.

- 19** Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.
- 20** Sie verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer übereinstimmend als zutreffend.
- 21** Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
- 22** Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 07.03.2017 hat die Antragstellerin weiter zur Sache vorgetragen.

II.

- 23** Die sofortige Beschwerde ist - mit dem im Termin zur mündlichen Verhandlung gestellten Antrag - zulässig, aber unbegründet. Die Antragsgegnerin hat keine drittschützenden Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzt.
- 24** 1. Das Angebot der Antragstellerin ist von der Antragsgegnerin im Ergebnis zutreffend vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. Das Angebot sah Abweichungen von den von der Antragsgegnerin verbindlich vorgegebenen Ausführungsfristen vor. Damit beinhaltete das Angebot eine gemäß § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A zum Ausschluss führende unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen im Sinne von § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A. Eine Änderung an den Vergabeunterlagen liegt dann vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der Ausschreibende bestellt hat, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht (Senatsbeschluss vom 12.12.2012 - VII-Verg 38/12; OLG Schleswig, Beschluss vom 11.05.2016 - 54 Verg 3/16, jeweils zitiert nach juris).
- 25** Mit Nr. 1.2 der den Vergabeunterlagen beigefügten Besonderen Vertragsbedingungen hatte die Antragsgegnerin die in der Übersicht „Verbindliche Einzelfristen“ aufgeführten Fristen als verbindliche Fristen im Sinne von § 5 Abs. 1 VOB/B vorgegeben. Die vom Bieter zu erbringende Werk- und Montageplanung Teil 1 (2. OG/2. OG Mezz., 3. OG und DG) war danach bis zum 21.11.2016 abzugeben, die Werk- und Montageplanung Teil 2 (UG, EG/EG Mezz., 1. OG und 1. OG Mezz.) war bis zum 05.12.2016 abzugeben.
- 26** Diese Fristvorgaben hielt das Angebot der Antragstellerin im Ergebnis nicht ein, wobei dahinstehen kann, ob die Antragstellerin - was durchaus nicht zweifelsfrei ist - schon den 30.09.2016 als Beginn ihrer Planungsleistungen ansetzen durfte. Das Angebot enthielt bezüglich der Werk- und Montageplanung für die Tore und Rauchschutzhänge des Teiles 1 auch unabhängig von dieser Frage Abweichungen von den vorgegebenen verbindlichen Fristen. Die Fertigstellung dieses Teiles der Planungsleistungen hat die Antragsgegnerin nicht bis zum 21.11.2016 angeboten. Das ergibt eine Auslegung des von der Antragstellerin vorgelegten Angebots.
- 27** Fehlt - wie hier - ein übereinstimmendes Angebotsverständnis, so ist Maßstab der Auslegung, 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 12.12.2012 - VII-Verg 38/12, zitiert nach juris). Hiernach ergab sich aus der von der Antragsgegnerin angeforderten Aufstellung der Antragstellerin vom 12.09.2016, dass sie, die Antragstellerin, einen Teil der Werk- und Montageplanung des Teiles 1, nämlich den sich auf Tore und Rauchschutzhänge beziehenden, erst bis zum 05.12.2016 erbringen wollte, obgleich als verbindlicher Abgabetermin hierfür der 21.11.2016 vorgesehen war.

- 28** Die mit der Aufschlüsselung abgegebene schriftliche Erklärung der Antragstellerin ist insoweit eindeutig und begründet für sich keine ernsthaften Zweifel. Unter den laufenden Nummern 3 und 4 der Aufschlüsselung werden Türen und Fenster gesondert den Planungsteilen 1 und 2 sowie mit der Zahl zur Bearbeitung angesetzter Werkzeuge den insoweit vorgegebenen unterschiedlichen Abgabefristen (21.11. bzw. 05.12.2016 = 43 bzw. 55 Werkzeuge) zugeordnet. Unter den laufenden Nummern 5 und 6 werden Tore und Rauchschutzvorhänge für die Planungsteile 1 und 2 hingegen - ohne dass sich aus der Aufstellung selbst hierfür ein Grund ergibt - jeweils zusammengefasst und dafür einheitlich 55 Werkzeuge als Bearbeitungsdauer angegeben. Exakt diese Angabe ist von der Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 20.10.2016 sogar nochmals wiederholt und handschriftlich um das Datum 05.12.2016 ergänzt worden.
- 29** Anhaltspunkte für das von der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren geltend gemachte Versehen ergeben sich aus der Erklärung selbst hiernach nicht. Es handelt sich nicht um einen einfachen Schreib- oder Rechenfehler. Die Zusammenfassung der Tore und Rauchschutzvorhänge betreffenden Planungsleistungen der Teile 1 und 2 unter den laufenden Nummern 5 und 6 der Aufschlüsselung beruhte aus der maßgeblichen Empfängerperspektive auf einer bewussten Entscheidung. Nichts anderes kann aus der Sicht eines verständigen und redlichen Erklärungsempfängers hinsichtlich der hierfür jeweils angegebenen Bearbeitungsdauer von 55 Werktagen gelten. Die betreffende Spalte enthält keine Differenzierung nach der Art „43 bzw. 55“, die unter den laufenden Nummern 3 und 4 der Aufschlüsselung angelegt ist und die erkennen lässt dass der Antragstellerin die unterschiedlichen Abgabefristen für die Teile 1 und 2 grundsätzlich bekannt waren. Anhaltspunkte für ein Versehen fehlen umso mehr, als es sich auf der Grundlage der eingangs der Aufschlüsselung gewählten Systematik geradezu aufdrängen musste, diese beizubehalten, wenn die Aussagen hinsichtlich der Abgabeterminen von Leistungen der Teile 1 und 2 identisch sein sollten. Unter den laufenden Nummern 3 und 4 waren Türen und Fenster jeweils zusammengefasst worden, die Planungsteile 1 und 2 blieben aber getrennt und wurden mit 43 bzw. 55 Werktagen Bearbeitungsdauer unterschiedlichen Abgabeterminen zugeordnet.
- 30** Dem durch Auslegung gewonnenen Angebotsverständnis stehen auch die bei der Auslegung zu berücksichtigenden Umstände bei Abgabe der Erklärung nicht entgegen. Zum einen gibt es keinen Erfahrungssatz, dass der Bieter stets das vom Ausschreibenden Nachgefragte anbieten will, auch wenn ihm redliche und interessengerechte Absichten zu unterstellen sind (OLG Schleswig, Beschluss vom 11.05.2016 - 54 Verg 3/16; OLG Koblenz, Beschluss vom 30.03.2012 - 1 Verg 1/12, jeweils zitiert nach juris). Zum anderen hatte hier ausweislich des Einladungsschreibens bereits das Aufklärungsgespräch vom 08.09.2016 der Klärung der Frage gedient, ob die verbindlichen Einzelfristen eingehalten werden. Zwar erklärte die Antragstellerin im Rahmen des Gesprächs nach dem hierüber gefertigten Vermerk, keine Bedenken hinsichtlich der terminlichen Umsetzung der Leistung zu haben. Diese Äußerung ging der Erklärung vom 12.09.2016,, in der erstmals eine exakte Stundenaufschlüsselung und terminliche Zuordnung erfolgte, jedoch voraus. Gerade wegen des vorausgegangenen Gesprächs und der damit verbundenen Sensibilisierung, die auch im Gesprächsvermerk ihren Niederschlag gefunden hat, musste ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle nach Treu und Glauben nicht damit rechnen, dass die Antragstellerin dem Gespräch nachfolgend eine fehlerhafte Erklärung abgibt. Dies gilt umso mehr, als aus Sicht der Vergabestelle aufseiten der Antragstellerin eine Vielzahl nachvollziehbarer Gründe in Betracht kommen konnte, warum die Tore und

Rauschutzvorhänge betreffenden Planungsleistungen der Teile 1 und 2 zusammengefasst und als eine Einheit mit 55 Werktagen Bearbeitungsdauer angegeben wurden.

- 31** Dafür, dass die Antragsgegnerin die Aufschlüsselung der Antragstellerin selbst so verstanden hat, wie die Antragstellerin ihre Erklärung inzwischen im Beschwerdeverfahren verstanden wissen möchte, fehlt es an Anhaltspunkten. Ein solcher ergibt sich nicht daraus, dass die Beteiligten zunächst allein darüber gestritten haben, ob die Antragstellerin ihren Planungsleistungen den 30.09.2016 als Starttermin zugrunde legen durfte (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 30.03.2012 - 1 Verg 1/12, zitiert nach juris, dort Tz. 24). Insofern ist zum Vortrag der Antragstellerin im Übrigen auch zu bemerken, dass sie bis zuletzt nicht nachvollziehbar erklärt hat, welchen Grund die Zusammenfassung der Tore und Rauchschutzvorhänge betreffenden Planungsleistungen der Teile 1 und 2 unter den laufenden Nummern 4 und 5 der Aufschlüsselung hatte und wie sich die Arbeitsabläufe dargestellt hätten, wenn diese Planungsleistungen nicht einheitlich binnen 55 Werktagen, sondern nach Teilen gestaffelt und für den Teil 1 schon bis zum 21.11.2016 erbracht worden wären.
- 32** Für die von der Antragstellerin angenommene weitere Aufklärungsbedürftigkeit ihrer mit der Aufschlüsselung abgegebenen Erklärung ist nach alledem kein Raum. Der Senat teilt zwar die Auffassung, dass es Sinn des Vergabeverfahrens ist, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen und ein solches nicht an einer zu formalistischen Betrachtungsweise scheitern zu lassen (vgl. KG, Beschluss vom 07.08.2015 - Verg 1/15, zitiert nach juris, dort Tz. 50). Eine weitere Hinweis- oder Aufklärungspflicht der Antragsgegnerin, wie sie die Antragstellerin annimmt, vermag der Senat hier jedoch nicht zu bejahen. Der Antragstellerin ist - wie vorangehend dargelegt - kein offensichtlicher Eintragungsfehler unterlaufen, wie er in der Entscheidung des Kammergerichts vom 07.08.2015 - Verg 1/15 festzustellen war, auf welche sich die Antragstellerin möglicherweise beziehen möchte. Die Antragstellerin war vor Abgabe ihrer ergänzenden Erklärung zudem in hinreichend deutlicher und nicht irreführender Weise auf die verbindlichen Einzelfristen und die diesbezüglichen Unklarheiten des Angebots der Antragstellerin hingewiesen worden. Das ergibt sich schon aus der Aufschlüsselung der Antragstellerin selbst, in der sie diese Fristen unter den laufenden Nummern 3 und 4 berücksichtigt hat.
- 33** 2. Dem Angebotsausschluss nach § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A steht auch nicht entgegen, dass die Antragstellerin ihre zum Angebotsausschluss führende Erklärung zu den Ausführungsfristen der Werk- und Montageplanung noch nicht mit ihren bei der Antragsgegnerin eingereichten Angebotsunterlagen abgegeben hat. Bei ihrer Erklärung vom 12.09.2016 handelte es sich um eine Angebotsklarstellung, welche dem Angebot einen bestimmten Erklärungsinhalt gegeben hat und welche die Antragsgegnerin von der Antragstellerin auch verlangen konnte.
- 34** Wie sich aus § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ergibt, durfte die Antragsgegnerin von der Antragstellerin wegen des im Vergleich der Angebote ungewöhnlich hohen Preises für die Werk- und Montageplanung Aufklärung über die Kalkulation des Angebotspreises und die ihm zugrundeliegenden Arbeitsstunden verlangen. Es handelte sich hierbei um eine Aufklärung über das Angebot selbst im Sinne von § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, mit dem Zweifel über seinen Inhalt ausgeräumt werden sollten.

35

Gründe, aus denen die der Antragstellerin zur Aufklärung gesetzte Frist von -ohne Mitrechnung des 08.09.2016 - vier Tagen unangemessen kurz bemessen gewesen sein könnte, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Zwar hat das Oberlandesgericht Celle angenommen, dass eine Frist von weniger als einer Woche in der Regel unzumutbar ist und eine unangemessen kurze Frist aus Gründen der Rechtsklarheit auch keine angemessene Frist in Gang setzt (OLG Celle, Beschluss vom 14.12.2015 - 13 Verg 9/15, zitiert nach juris, dort Tz. 24 und 26). Hier liegen jedoch Besonderheiten vor, die es im konkreten Fall hinsichtlich der Fristdauer rechtfertigen, die Unterschreitung einer Wochenfrist nicht als unangemessen anzusehen. Infolgedessen kann dahingestellt bleiben, ob der Rechtsansicht des Oberlandesgerichts Celle zu folgen ist oder ob nicht stattdessen bei der Frage der Angemessenheit der Frist stets auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist. Die Antragstellerin war bereits mit E-Mail der Antragsgegnerin vom 05.09.2016 auf den bestehenden Aufklärungsbedarf hingewiesen worden. In dem Aufklärungsgespräch vom 08.09.2016 kam er nochmals dezidiert zur Sprache. Und schließlich erforderte die von der Antragstellerin erbetene Aufklärung keinen großen Aufwand, wie die von der Antragstellerin vorgelegte Aufschlüsselung zeigt. Eine unzumutbar kurze Frist macht die Antragstellerin im Übrigen auch selbst nicht geltend.

- 36** 3. Daran, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschließen ist, ändert sich nichts dadurch, dass sie mit einem an die Vergabekammer gerichteten Anwaltsschriftsatz vom 25.11.2016 „höchst vorsorglich“ die Anfechtung ihrer Angaben unter Nr. 5 und 6 der Aufschlüsselung vom 12.09.2016 erklärt hat. Insofern kann dahinstehen, ob die Antragstellerin gemäß § 119 Abs. 1 BGB zur Anfechtung berechtigt war und sie die Anfechtung dem richtigen Erklärungsgegner gegenüber wirksam und unverzüglich erklärt hat. Mit einer erfolgreichen Anfechtung entfiel lediglich die abgegebene Erklärung, ohne dass etwas anderes an ihre Stelle treten würde (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 30.03.2012 - 1 Verg 1/12; OLG Bamberg, Urteil vom 19.09.1997 - 6 U 30/97, jeweils zitiert nach juris). Damit aber wäre die Antragstellerin binnen der wirksam gesetzten Frist der von ihr berechtigterweise verlangten Aufklärung nicht nachgekommen, so dass ihr Angebot - wenn es dann nicht sogar wegen seiner Unvollständigkeit auszuschließen ist - jedenfalls gemäß § 15 EU Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen werden müsste. Im Rahmen des § 15 EU Abs. 2 VOB/A führen auch unzureichende Angaben zum Ausschluss des Bieters (vgl. Zeise, in: Kurlartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl., § 15 EG Rn. 29). Das im Rahmen des § 15 EG Abs. 2 VOB/A a.F. noch eingeräumte Ermessen ist in der Nachfolgevorschrift entfallen.
- 37** 4. Auf die übrigen zwischen den Verfahrensbeteiligten streitigen Fragen kommt es nach alledem nicht mehr an. Auch gibt der nicht nachgelassene Schriftsatz der Antragstellerin keinen Anlass zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

III.

- 38** Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 175 Abs. 2 GWB.
- 39** Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 50 Abs. 2 GKG und errechnet sich auf der Grundlage des Bruttoangebotspreises der Antragstellerin von ... €, auf den sie den Zuschlag begehrt.

Zitiervorschlag:

OLG Düsseldorf Beschl. v. 22.3.2017 – VII-Verg 54/16, BeckRS 2017, 114689