

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Schleswig-Holstein > 2019 > 22.01.2019 - 54 Verg 3 / 18

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18

(Bieter unterliegt)

Normen:

§ 160 GWB; § 168 GWB; § 8 SektVO

Vorangegangene Entscheidung:

VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 06.07.2018, VK - SH 12 / 18

Stichworte:

Nachverhandlungen im Sektorenbereich, Rügeobliegenheit, Präklusion, Folgefehler, Bietergemeinschaft

Leitsatz (redaktionell):

1. Ein beigeladenes Unternehmen ist durch die Entscheidung der Vergabekammer beschwert, wenn die Vergabekammer der Vergabestelle aufgegeben hat, das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen und deswegen das beigeladene Unternehmen eine Wertung seines bisherigen Angebotes nicht mehr beanspruchen kann.
2. Eine Grenze findet die Rügeobliegenheit erst bei rechtlich komplexen und durch die Rechtsprechung noch nicht vollständig geklärten Fragen.
3. Es überfordert keinen Wettbewerbsteilnehmer, zu erkennen, dass die Vergabeunterlagen an keiner Stelle Angaben zu Mindestanforderungen für eventuelle Nebenangebote enthalten. Daher begründet dies eine Rügeverpflichtung.
4. Ein Unternehmen muss die fehlende Angabe von Mindestanforderungen für zugelassene Nebenangebote auch dann rügen, wenn es selber gar keine Nebenangebote abgeben will. Diese Rügeobliegenheit ist unabhängig davon, ob sich der gerügte Mangel gegebenenfalls sogar zu Gunsten des rügenden Unternehmens auswirken könnte.
5. Rügt ein Unternehmen einen bestimmten Sachverhalt und bildet sich nachträglich unter seiner Beteiligung eine Bietergemeinschaft, muss sich die Bietergemeinschaft diese Rüge ausdrücklich zu eigen machen und aufrechterhalten, damit ihre eigene Rügeobliegenheit insoweit erfüllt ist.
6. Es kommt nicht zu einem automatischen „Zuwachsen“ der einmal erklärten Rüge an die später gebildete Bietergemeinschaft.
7. Diese Rüge eines Dritten hat keine Auswirkungen auf die Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrages, dem keine entsprechende Rüge des Antragstellers vorhergeht.
8. Eine unterlassene Rüge und die daraus folgende Präklusion kann nicht dadurch überwunden werden, dass die betroffenen Rechtsverstöße von Amts wegen aufgegriffen werden. Insoweit ist weder ein Ermessen der Nachprüfungsinstanzen eröffnet noch besteht die Möglichkeit, diese Beanstandung im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufzugreifen.
9. Auch Folgefehler, die auf einem von der Präklusion erfassten Vergabefehler beruhen, können im Nachprüfungsverfahren nicht mehr geltend gemacht werden. Ein solcher Folgefehler liegt

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

beispielsweise vor, wenn wegen fehlender Mindestanforderungen an Nebenangebote nicht festgestellt werden kann, ob Nebenangebote den Vorgaben des Auftraggebers entsprechen.

- 1 Die Sektorenverordnung enthält für offene Verfahren kein ausdrückliches Nachverhandlungsverbot.
0. Unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze schließt dies dennoch Änderungen eines Angebotes aus, die das Wettbewerbsergebnis eines Vergabeverfahrens verfälschen würden, wie dies insbesondere bei wesentlichen Leistungs- oder Preisänderungen der Fall ist.
 - 1 Zulässig ist hingegen die Vornahme von Änderungen geringen Umfangs, soweit sie sich auf das
 1. Wettbewerbsergebnis nicht entscheidend auswirken und der faire und diskriminierungsfreie Wettbewerb nicht gefährdet wird.
 - 1 Nachverhandlungen über Nebenangebote im Sektorenbereich sind jedenfalls im gleichen Rahmen
 2. wie nach § 15 Abs. 3 VOB/A zulässig.
 - 1 Eine Dokumentation ist nicht erst dann ordnungsgemäß, wenn die abgebildeten konkret erfolgten
 3. Überlegungen auch noch inhaltlich nachvollziehbar sind.

Entscheidungstext:

In dem Beschwerdeverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Teschner, den Richter am Obergericht Wilke und den Richter am Oberlandesgericht Janssen auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2018 am 22. Januar 2019 beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin wird der Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 06.07.2018, Az. VK-SH 12/18, zu Nr. 1-3 des Tenors geändert.

Der Nachprüfungsantrag der Beschwerdegegnerin wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdegegnerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin im Verfahren vor der Vergabekammer sowie der Beschwerdeführerin. Für die beiden Letztgenannten war die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten notwendig.

Die Anschlussbeschwerde der Beschwerdegegnerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beschwerdeführerin trägt die Beschwerdegegnerin. Die außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren trägt diese selbst.

Der Streitwert wird auf 429.178,20 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin, deren Sitz sich in K. befindet, schreibt als Sektorenauftraggeberin den Neubau von Zugbildungsanlagen und von Gleichrichterwerken (Lieferung und Einbau) im Rahmen des Projekts „Neubau

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

der S-Bahn-Zugbildungsanlagen“ in H.-S. und in H.-E. aus. Die Auftragsbekanntmachung erfolgte unter der Vergabenummer XXX.

Die Ausschreibung erfolgt in zwei Losen („L.“, Kr.“). Varianten/Alternativangebote werden zugelassen (II.2.10 der Auftragsbekanntmachung). Nach Nr. II.2.5 der Auftragsbekanntmachung soll der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium sein; wegen „aller“ Kriterien wird auf die „Beschaffungsunterlagen“ verwiesen. Dazu heißt es im Leistungsverzeichnis (zu 4.1.10):

„Zulage für Bauzeitverkürzung

++optional++

pauschaler Kostenansatz zur Verkürzung der Bauzeit gegenüber dem von AG genannten Terminplan Entwurf. Der AN realisiert mittels geeigneter Maßnahmen unter Beachtung der geltenden Gesetze und Arbeitsschutzbestimmungen eine maximale Verkürzung der Zeitbedarfe für die Errichtung des Gebäudes (Verkürzung auf weniger als 130 Tage) sowie die Montage der Schalteranlagen (Verkürzung auf weniger als 120 Tage). Vollständigkeit und Ergebnisqualität bleiben unberührt.“

Von den Biestern waren „garantierte“ Bauzeiten für das Gebäude bzw. Montagezeiten für die Schaltanlagen - jeweils in Tagen - einzutragen.

Auf eine diesbezügliche Bieterfrage erfolgte folgende Antwort der Vergabestelle:

„Die garantierte Bauzeitverkürzung wird in die Wertung der Angebote einbezogen. Die Wertung geschieht wie folgt:

Der Gesamtpreis (inklusive der Position 4.1.10) aller Titel eines Loses wird mit 85 Wertungspunkten bewertet. Der Bieter mit dem niedrigsten Preis erhält 85 Wertungspunkte. Die anderen Bieter erhalten weniger Punkte im Verhältnis des günstigsten Angebotspreises zu ihrem Angebotspreis. Die Bau- und Montagezeitverkürzungen werden mit jeweils 15 Wertungspunkten bewertet. Bieter, die keine Bau- und Montagezeitverkürzung anbieten, erhalten daher 30 Wertungspunkte. Bieter, die eine Bau und/oder Montagezeitverkürzung anbieten, erhalten jeweils 15 Punkte, erhöht um das Verhältnis der AG- Angabe zu ihrer angegebenen Bau- oder Montagezeit. Bsp.: ein Bieter bietet eine Montagezeitverkürzung auf 100 Tage an, AG-Angabe sei 120 Tage. Wertungspunkte: $15 \times 120/100$.

Wenn ein Bieter der Ansicht ist, dass die Bauzeit nicht verkürzt werden kann, sind die Bieterangaben freizulassen und die Position ist mit pauschal 0,01 € zu bepreisen.“

Am 05.12.2017 teilte die Vergabestelle mit, bei der Position 4.1.10 (Bauzeitverkürzung) des Leistungsverzeichnisses handele es sich nicht um einen optionalen, sondern um einen festen Bestandteil der Ausschreibung.

Die Beschwerdeführerin (Beigeladene im Verfahren vor der Vergabekammer) und die Beschwerdegegnerin bzw. Anschlussbeschwerdeführerin (Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer) haben sich mit fristgerecht eingegangenen Angeboten an der Ausschreibung beteiligt.

Von Seiten der E. GmbH, einem Mitglied der antragstellenden, erst später gebildeten Bietergemeinschaft, wurde mit Schreiben vom 04.12.2017 das Kriterium der Bauzeitverkürzung als unzulässig beanstandet, ebenso das Punktesystem. Änderungen erfolgten insoweit nicht.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

Nach Eingang der Angebote und deren Prüfung teilte die Antragsgegnerin am 09.04.2018 den Bietern auf der Grundlage ihres Vergabevermerks mit, sie beabsichtige, die Angebote der Beigeladenen bzw. Beschwerdeführerin für Los 1 und Los 2 anzunehmen.

In dem Schreiben (berichtigt mit Schreiben vom 03.05.2018) heißt es:

„... Gemäß Wertungskriterien sind die Angebote wie folgt zu werten:

1.) Das Angebot mit dem niedrigsten Preis erhält 85 Wertungspunkte. Die anderen Angebote erhalten weniger Punkte im Verhältnis des günstigsten Angebotspreises zu ihrem Angebotspreis.

2.) Angebote mit einer Bauzeitverkürzung werden wie folgt bewertet: die Bau- und Montagezeitverkürzungen werden mit jeweils 15 Wertungspunkten bewertet. Bieter die keine Bau- und Montagezeitverkürzung anbieten, erhalten daher 30 Wertungspunkte.

3.) Wenn ein Bieter der Ansicht ist, dass die Bauzeit nicht verkürzt werden kann, sind die Bieterangaben freizulassen und die Position mit pauschal 0,01 € zu bepreisen.

Das Bewertungsgremium hat die vorliegenden Angebote gemäß Wertungskriterien wie folgt bewertet:

Los 001 - Gleichrichterwerk L.

Wertungskriterien	Ihre Bewertung [bezogen auf die Beschwerdegegnerin zu 2)]	Bieter mit insgesamt höchster Punktzahl
Bauzeitverkürzung	30	54,6
Angebotssumme	85	83,4
Ergebnisse des Gesamtangebotsvergleiches	115	138

Los 002 - Gleichrichterwerk Kr.

Wertungskriterien	Ihre Bewertung [bezogen auf die Beschwerdegegnerin zu 2)]	Bieter mit insgesamt höchster Punktzahl
Bauzeitverkürzung	30	47,8
Angebotssumme	85	79,6
Ergebnisse des Gesamtangebotsvergleiches	115	127,4

Die Gründe für die Ablehnung Ihres Angebots ... ergeben sich aus der vorgenannten erzielten Bewertung. ...“

Die Beschwerdegegnerin bzw. Anschlussbeschwerdeführerin rügte mit Schreiben vom 13.04.2018 die „angekündigte Zuschlagsentscheidung“ ohne Erfolg. Sie hat daraufhin am 11.05.2018 ihren Nachprüfungsantrag gestellt.

Sie hat die Ansicht vertreten, die Garantie einer Bauzeitverkürzung sei als Zuschlagskriterium unzulässig. Damit seien wegen der verschuldensunabhängigen Haftung für Verzögerungen unkalkulierbare Risiken

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

verbunden. Die Realisierbarkeit einer angebotenen Bauzeitverkürzung sei durch die Vergabestelle nicht überprüfbar. Das Punktesystem sei in sich nicht stimmig, weil ein Angebot, das doppelt so hoch sei wie das niedrigste Angebot, genauso mit null Punkten bewertet werden würde wie ein Angebot, welches das doppelt so hohe Angebot noch übersteige. Zudem stehe das Angebot der Beschwerdeführerin im Widerspruch zum Leistungsverzeichnis. Nebenangebote dürften nicht gewertet werden, weil dafür entgegen § 33 Abs. 2 SektVO keine Mindestanforderungen festgelegt worden seien. Der Vergabestelle sei aufzugeben, die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen, hilfsweise sei ihr zu untersagen, einen Zuschlag ohne vorherige Überarbeitung der Vergabeunterlagen und der Einholung neuer Angebote zu erteilen.

Die Antragsgegnerin hat den Nachprüfungsantrag für unzulässig gehalten. Er sei präkludiert, da die Bietergemeinschaft zuvor keinerlei Rügen erhoben habe. Ihr seien die Schreiben der späteren Mitglieder der Bietergemeinschaft vom 04. und 05.12.2017 nicht zuzurechnen; wirksame Rügen seien daraus nicht zu entnehmen. Eine Bauzeitverkürzungsgarantie sei ein zulässiges Zuschlagskriterium, da etwaige Verzögerungen in den Angebotspreis einkalkuliert werden könnten. Ob ein Angebot realistisch sei, sei mithilfe des Bauzeitenplans nachprüfbar. Erforderlich sei insoweit eine Prognose, aus der sich die Erfüllbarkeit des Angebots ergebe. Der von der Beigeladenen vorgelegte Bauzeitenplan sei überprüft worden; er sei unter Berücksichtigung der angebotenen Bautechnologie plausibel und realisierbar. Die Beigeladene plane, das Gebäude fast ausschließlich aus Betonfertigteilen zu errichten, so dass eine (Beton-) Aushärtzeit bei der Bauzeit zu vernachlässigen sei. Auch die Verkürzung der Bauzeiten für die Montage der Schaltanlagen sei unter Berücksichtigung marktüblicher Möglichkeiten, wie vorproduzierter Schaltanlagen bzw. Schaltanlagenkomponenten, plausibel. Das Punktesystem sei nicht zu beanstanden, ebenso nicht der niedrige Preis der Beigeladenen. Hinreichende Mindestkriterien (für Nebenangebote) seien gegeben. Der Nachprüfungsantrag sei daher zurückzuweisen.

Die Beschwerdeführerin bzw. von der Vergabekammer Beigeladene hat sich der Antragsgegnerin im Wesentlichen angeschlossen.

Die Vergabekammer hat der Vergabestelle (Antragsgegnerin) durch ihren Beschluss vom 06.07.2018 aufgegeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen und zur Begründung ausgeführt:

Der Nachprüfungsantrag sei nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB zulässig. Hinsichtlich des Vortrags, wonach die Bauzeitverkürzung ein unzulässiges Zuschlagskriterium und die Umrechnung des Preises in Punkte unzulässig sei, sei der Antrag nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB aber präkludiert. Nachdem den potentiellen Bietern mitgeteilt worden sei, dass eine garantierte Bauzeitverkürzung in die Wertung einfließen werde und wie die Punktebewertung insoweit erfolgen solle, habe dies den Bietern bei Durchsicht der Vergabeunterlagen und Vorbereitung des Angebotes zwingend auffallen müssen. Die Beschwerdegegnerin habe ihr Angebot in Kenntnis dieses Zuschlagskriteriums abgegeben, ohne zuvor eine entsprechende Rüge vor Ende der Angebotsfrist auszusprechen. Erstmals sei dies mit Schreiben vom 13.04.2018 und somit nach Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe am 21.12.2017 erfolgt. Die innerhalb der Angebotsfrist erfolgten Rügen der (späteren) Mitglieder der Bietergemeinschaft seien der Antragstellerin/Beschwerdegegnerin nicht zuzurechnen. Nehme eine Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren teil, müsse eine Vergaberüge von sämtlichen Mitgliedern der Bietergemeinschaft erhoben werden, andernfalls sei der Nachprüfungsantrag unzulässig. Eine Ermächtigung der später an der Bietergemeinschaft beteiligten E. GmbH zur Rüge für die Bietergemeinschaft komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die Bietergemeinschaft zum Zeitpunkt des Rügeschreibens der E. GmbH vom 04.12.2017 noch gar nicht gegründet gewesen sei. Erforderlich sei, dass sich die Bietergemeinschaft die von Einzelmitgliedern erhobenen Rügen ausdrücklich und konkret zu eigen mache, was

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

vorliegend unterblieben sei. Einer Bietergemeinschaft sei es auch zuzumuten zu klären, ob bestimmte oder vermeintliche Vergabeverstöße gerügt werden sollen. Vorliegend habe die Bietergemeinschaft nicht „mit einer Stimme“ gesprochen wie das Verhalten ihrer Mitglieder zeige. Auf eine Präklusion nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB komme es danach nicht mehr an.

Demgegenüber sei der Vortrag, Nebenangebote hätten mangels Aufstellung von Mindestkriterien nicht gewertet werden dürfen, nicht präkludiert, da das Fehlen solcher Mindestkriterien nicht erkennbar gewesen sei. Da die Beschwerdeführerin (Antragstellerin) kein Nebenangebot habe abgeben wollen und ihr derartiges bezüglich anderer Unternehmen nicht bekannt sein konnte, habe ihr insoweit keine Rüge obliegen. Das Fehlen hinreichender Mindestkriterien für Nebenangebote hätte ihr auch nicht laienhaft und ohne Anwendung juristischen Sachverständs ins Auge fallen müssen.

Der insoweit zulässige Antrag sei auch begründet, da die Nebenangebote der Beschwerdeführerin (Beigeladenen vor der Vergabekammer) nicht hätten gewertet werden dürfen. In der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen habe die Vergabestelle entgegen § 33 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 SektVO keine Mindestkriterien zu Nebenangeboten festgelegt. Folge sei, dass gemäß § 33 Abs. 2 Satz 2 SektVO keine Nebenangebote zugelassen seien. An keiner Stelle der Vergabebekanntmachung oder der Vergabeunterlagen sei explizit auf „Mindestkriterien“ hingewiesen worden. Auch die Angaben der Vergabestelle zum „Fragenpaket 2“ seien unergiebig; sie seien nicht dahin zu verstehen, dass sie generell für Nebenangebote gelten sollten. Gleiches gelte für die angegebenen „allgemein geltenden“ Anforderungen für eine DC-Schaltanlage, denen nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit zu entnehmen sei, dass diese nicht nur für Haupt-, sondern zwingend auch für Nebenangebote gelten sollen. Der Festlegung von Mindestkriterien stehe auch der Umstand entgegen, dass die Vergabestelle solche (vermeintlichen) Kriterien über mehrere Unterlagen verteilt habe. Das verstoße gegen das Transparenzgebot. Mindestkriterien müssten eindeutig und erschöpfend bekannt gegeben werden.

Ein Ausschluss der Nebenangebote der Beigeladenen mit der Folge, dass die Angebote der Antragstellerin auf den ersten Platz vorrückten, sei nicht statthaft. Die Vergabestelle habe durch die ausdrückliche Zulassung von Nebenangeboten bei den Bietern den Eindruck erweckt, solche seien erwünscht. Es sei nicht auszuschließen, dass Hauptangebote mit Blick auf vermeintlich zulässige Nebenangebote ausgearbeitet und kalkuliert würden. Die Möglichkeit, Nebenangebote einzureichen, eröffne den Bietern einen auf mehrere Angebote gestützten Wettbewerbsbeitrag. Das Verfahren sei daher in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen. Die Vergabeunterlagen seien zu überarbeiten.

Zur Begründung ihrer dagegen gerichteten sofortigen Beschwerde vertritt die Beschwerdeführerin die Ansicht, ihre Beschwerde sei zulässig. Sie müsse bei einer Wiederholung der Wertung um den Erhalt der Aufträge bangen.

Die Vergabekammer habe zutreffend entschieden, dass der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der durch die Firma E. GmbH bzw. die Firma S. GmbH ausgebrachten Rügen wegen Präklusion gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB unzulässig sei. Darüber hinaus sei auch die Rüge fehlender Mindestkriterien für Nebenangebote präkludiert. Dies sei für die Beschwerdegegnerin erkennbar gewesen. Sie sei „vergabeerfahren“ und habe die Vergabeunterlagen vollumfänglich zu prüfen. Das Erfordernis einer Bündelung der Mindestkriterien für Nebenangebote auf einem Blatt bestehe nicht. Wenn die Zulassung von Nebenangeboten auf die Erstellung des Hauptangebotes Einfluss habe, wie es die Vergabekammer annehme, gelte dies auch für Bieter, die kein Nebenangebot abgeben wollten. Erkannte oder erkennbare Mängel der Vergabeunterlagen seien unabhängig davon zu rügen, ob ein Nebenangebot abgegeben werden solle oder nicht. Der Beschwerdegegnerin sei im Übrigen aus der Beantwortung des Fragenpakets 2 am 22.11.2017 bekannt gewesen, dass einer der

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

Mitbewerber ein Nebenangebot abgeben werde. Das hätte Anlass geben müssen, die Vergabeunterlagen auf die Festlegung von Mindestkriterien zu überprüfen. Somit hätte spätestens ab dem 22.11.2017 eine Rüge ausgebracht werden müssen. Jedenfalls ab der ersten Bieterinformation vom 07.03.2018, aus der zu entnehmen sei, dass ein Nebenangebot beauftragt werden solle, hätte Anlass zur Rüge bestanden. Eine solche sei jedoch ausgeblieben. Die zum „Grundfehler“ gegebene Rügepräklusion führe zu einer quasi „durchgreifenden“ Rügepräklusion auch hinsichtlich des „Folgefehlers“, d. h. der Wertung des Nebenangebots.

Die Nebenangebote der Beschwerdeführerin hätten entgegen der Auffassung der Vergabekammer gewertet werden dürfen; die Anforderungen an Nebenangebote seien aus dem Kontext der Verdingungsunterlagen, den Antworten zum Fragenpaket 2 sowie aus den Festlegungen in den Erläuterungsberichten hinreichend klar zu entnehmen gewesen. Die Vergabestelle habe klargestellt, dass es ihr für die Nebenangebote im Allgemeinen darauf ankomme, dass diese die gleiche Anlagenfunktion, -sicherheit und -verfügbarkeit gewährleisten. Die generellen Vorgaben für das Gleichrichterwerk seien den allgemeinen Vorgaben in den Erläuterungsberichten sowie der Beantwortung des Fragenpakets vom 22.11.2017 zu entnehmen. Eine darüberhinausgehende Angabe von Mindestanforderungen sei nicht erforderlich gewesen, weil aus dem Gesamtinhalt der Vergabeunterlagen für jeden fachkundigen Bieter klar zu entnehmen sei, dass die in einem Nebenangebot vorgeschlagene Ausführung den Anforderungen in gleicher Weise genügen müsse, wie dies bei Ausführung der im Leistungsverzeichnis angegebenen Bauleistungen der Fall sei.

Soweit den Ausschreibungsunterlagen keine Mindestanforderungen für Nebenangebote zu entnehmen seien, könnten solche auch nicht Gegenstand der Dokumentation der Angebotswertung sein; in der Dokumentation manifestiere sich lediglich ein „Folgefehler“, auf den die Rügepräklusion konsequenterweise zu erstrecken sei.

In Bezug auf ihre Nebenangebote hätten – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin – keine unzulässigen „Nachverhandlungen“ stattgefunden. Zwar sei (jeweils) in Nr. 2.1 des Leistungsverzeichnisses eine Freiaufstellung der 25 kV-Schaltanlage vorgesehen gewesen, doch habe es sich insoweit nur um eine „Soll“-Anforderung, nicht dagegen um eine Mindestanforderung gehandelt. Auch aus der Antwort auf eine diesbezügliche Bieterfrage habe sich nicht ergeben, dass eine Wandaufstellung nicht zulässig sei. Der Vergabestelle stehe i. ü. bei technischen Änderungen geringen Umfangs im gleichen Umfang ein Bewertungsspielraum zu, wie dies nach § 15 Abs. 3 VOB/A der Fall sei. Durch eine Wandaufstellung werde der Aufstellort der ansonsten unveränderten Schaltanlage nur um wenige Dezimeter verschoben.

Die Anschlussbeschwerde der Beschwerdegegnerin sei zurückzuweisen. Präkludierte Vergaberechtsverstöße könnten von der Vergabekammer und vom Vergabesenat entgegen der Auffassung der Anschlussbeschwerde nicht von Amts wegen aufgegriffen werden. Deshalb scheidet auch eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens aus.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer vom 06.07.2018, soweit dieser die Anträge der Beschwerdegegnerin im Nachprüfungsantrag vom 04.05.2018 für zulässig und begründet erklärt, aufzuheben,
2. die Anträge der Beschwerdegegnerin im Nachprüfungsantrag vom 04.05.2018 zurückzuweisen,
3. die Hinzuziehung der Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführerin für notwendig zu erklären,
4. der Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beschwerdeführerin aufzuerlegen,

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

5. die Anschlussbeschwerde der Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin im Verfahren der Vergabekammer (Vergabestelle) hat zum Inhalt eines Aufklärungsgesprächs vom 21.03.2018 die dort übergebene „Anlage 2.02“ vorgelegt. Sie hat sich i. ü. zur Sache nicht geäußert und keinen Antrag gestellt.

Die Beschwerdegegnerin beantragt,

1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen,

sowie im Wege der Anschlussbeschwerde

2. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenats zu wiederholen,

3. hilfsweise:

der Antragsgegnerin zu untersagen, in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren ohne vorherige Überarbeitung der Vergabeunterlagen und der Einholung neuer Angebote einen Zuschlag zu erteilen.

Sie ist der Ansicht, ihr Nachprüfungsantrag sei vollständig zulässig und auch begründet.

Sie habe, da sie keine Nebenangebote abgegeben habe, auch keine Veranlassung gehabt, sich mit dem die Abgabe solcher Nebenangebote betreffenden Teil der Ausschreibung näher zu befassen. Das gelte auch wegen möglicher Einflüsse der Zulassung von Nebenangeboten auf die Erstellung eines Hauptangebots. Ihr obliege keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle der Vergabeunterlagen. Aus der Beantwortung des Fragenpakets 2 vom 22.11.2017 abzuleiten, dass einer der Bieter ein Nebenangebot abgeben werde, sei hypothetisch und spekulativ. Sie - die Beschwerdegegnerin - habe erst im laufenden Nachprüfungsverfahren von der Absicht der Vergabestelle erfahren, das Nebenangebot der Beigeladenen und Beschwerdeführerin zu beauftragen.

Die Nebenangebote der Beschwerdeführerin hätten wegen fehlender Mindestkriterien für Nebenangebote nach § 33 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 SektVO nicht gewertet werden dürfen. Welche Anforderungen an Mindestkriterien zu stellen seien, sei seit 2014 höchstrichterlich geklärt. Mindestanforderungen müssten transparent, eindeutig und verständlich sein, was vorliegend nicht der Fall sei.

Die zulässige Anschlussbeschwerde sei begründet. Die Unzulässigkeit der Bauzeitverkürzung sowie der Umrechnung der Angebotspreise in Punkte sei durch das Schreiben der Firma E. GmbH vom 04.12.2017 gerügt worden. Die Bietergemeinschaft habe sich seinerzeit noch in Vorbereitung befunden. Für die Bietergemeinschaft habe keine Veranlassung bestanden, die Rüge zu wiederholen. Auch auf die Rüge eines Dritten könne einer Beanstandung abgeholfen werden. Es sei unbillig, nach der Genese einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Bietergemeinschaft) eine erneute Rüge zu fordern. Die Vergabestelle habe zu keinem Zeitpunkt mitgeteilt, der Rüge nicht abhelfen zu wollen. Folglich gelte auch keine 15 Tage-Frist, zumal auf diese Frist in der Bekanntmachung nicht hingewiesen worden sei.

Eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens in einen früheren Stand sei selbst dann richtig, wenn die Beschwerdeführerin zu Recht eine unzulässige Wertung von Nebenangeboten beanstandete. Eine garantierte Bauzeitverkürzung sei nicht kalkulierbar; die Vergabestelle bürde den Bietern insoweit ein unzumutbares Kalkulationsrisiko auf. Damit sei keine Vergleichbarkeit der Angebote zu erwarten. Mit unrealistischen und nicht einhaltbaren Bauzeitverkürzungen sei das sachlich belastbar kalkulierte Angebot der Beschwerdegegnerin

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

nicht vergleichbar. Eine Bauzeitverkürzung könne nicht losgelöst von den äußeren Rahmenbedingungen, wie etwa einer Verschiebung der Bauzeit in eine ungünstigere Jahreszeit, betrachtet werden, erst recht dann, wenn diese sogar garantiert werden solle. Die Vergabeunterlagen bedürften insoweit einer Korrektur. Die zu einer Laufzeitverkürzung abgegebenen Angebote seien auch nicht daraufhin überprüfbar, ob und inwieweit eine solche überhaupt realisierbar sei bzw. realisiert werde. Die von der Beschwerdeführerin angebotenen Verkürzungen von 55 % bezüglich Los 1 bzw. von 63 % bezüglich Los 2 seien völlig unrealistisch und könnten in keiner Weise zielsicher umgesetzt werden. Zudem begründe die angebotene Bauzeitverkürzung zumindest in Teilen eine solche gar nicht, wie sich in der Herausrechnung von Sams-, Sonn- und Feiertagen aus der Bauzeit zeige, die auftraggeberseitig bei der Länge der Bauzeit mit zu berücksichtigen seien.

Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Angebot die Vergabeunterlagen geändert, was zum Ausschluss führe. Ihr Angebot entspreche in mehrfacher Hinsicht nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses bzw. der Leistungsbeschreibung. Zur Begründung der Bauzeitverkürzung werde auf eine von der Beschwerdeführerin gewählte „Bautechnologie“ verwiesen, was verkenne, dass die Bautechnik auftraggeberseitig zwingend vorgegeben worden sei. Im Angebot der Beschwerdeführerin sei die Errichtung eines Gebäudes ausschließlich aus Betonfertigteilen vorgesehen; dem gegenüber werde in Kap. 1.7 die Errichtung von Kabelkellern in Ort beton gefordert. Weiter sei von der Beschwerdeführerin angeboten worden, mit der Produktion von Fertigteilen sofort nach Auftragserteilung zu beginnen, was ebenfalls der Ausschreibung, die eine vorherige Prüfung und Freigabe der diesbezüglichen Statik und Werkplanung für das Gebäude vorsehe, widerspreche. Eine Bauzeitverkürzung sei auch bautechnisch nicht umsetzbar, insbesondere im Hinblick auf notwendige Aushärtezeiten beim Beton. Das Angebot der Beschwerdeführerin basiere insoweit auf Fantasiewerten. Weiter seien die bisher vorgesehenen Ausführungsfristen wegen der bereits eingetretenen Vergabeverzögerung hinfällig. Auf das nicht umsetzbare Angebot der Beschwerdeführerin dürfe ein Zuschlag nicht erteilt werden.

Eine Untersagung des Zuschlags bzw. eine Aufhebung des (bisherigen) Verfahrens sei auch wegen schwerwiegender Verfahrensfehler erforderlich. Eine eigene nachvollziehbare Vergabeentscheidung der Auftraggeberin fehle. Weiter sei sie, die Antragstellerin, von der Vergabestelle mehrfach falsch unterrichtet worden.

II.

Die sofortige Beschwerde der im Verfahren der Vergabekammer beigeladenen Beschwerdeführerin ist zulässig und begründet (A.). Die Anschlussbeschwerde der Beschwerdegegnerin zu 2) bleibt ohne Erfolg (B.).

Gegen die (örtliche) Zuständigkeit der Vergabekammer bzw. des Senats bestehen keine Bedenken. Maßgeblich ist insoweit nicht der Ort der ausgeschriebenen Leistungserbringung (in Hamburg), sondern der Sitz des Auftraggebers (§ 159 Abs. 3 GWB), der sich in K. und damit in Schleswig-Holstein befindet.

A. I. Die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin ist form- und fristgerecht erhoben und begründet worden. Die Beschwerdeführerin ist durch die Entscheidung der Vergabekammer auch formell und materiell beschwert, da ihr (dort) gestellter Antrag, den Nachprüfungsantrag der Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, erfolglos geblieben ist. Die Vergabekammer hat der Vergabestelle aufgegeben, das „Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen.“ Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin - danach - eine Wertung ihres bisherigen Angebots nicht mehr beanspruchen kann.

Für den von der Beschwerdeführerin gestellten Antrag zu 1. fehlt allerdings das Rechtsschutzbedürfnis. Sie erstrebt damit die Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer vom 06.07.2018, soweit dieser den Nachprüfungsantrag „für zulässig und begründet erklärt“ hat. Eine solche (separate) „Erklärung“ ist dem Tenor des Beschlusses der Vergabekammer nicht zu entnehmen; sie ergibt sich - allenfalls der Sache nach - aus den

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

Gründen des Kammerbeschlusses. Darüber ist im Rahmen der Entscheidung über den Beschwerdeantrag zu 2. - ggf. unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer - (mit) zu entscheiden. Einer (eigenständigen) Entscheidung über den Beschwerdeantrag zu 1. bedarf es somit nicht.

II. Die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin ist begründet. Die Vergabekammer hätte den Nachprüfungsantrag der Beschwerdegegnerin zu 2) zurückweisen müssen. Dem entsprechend ist der Beschluss der Vergabekammer zu ändern und nach dem Beschwerdeantrag zu 2. zu entscheiden.

Der Nachprüfungsantrag der Beschwerdegegnerin war bereits wegen Präklusion (§ 160 Abs. 3 GWB) unzulässig (unten 2.). Die Beschwerdegegnerin zu 2) konnte auch keine „Rückversetzung“ oder Wiederholung des Vergabeverfahrens beanspruchen (unten 3.).

1. Die Vergabekammer hat die Antragsbefugnis der Beschwerdegegnerin zu 2) nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB bejaht (S. 7-8 der Beschlussgründe). Dies wird im Beschwerdeverfahren nicht angegriffen. Rechtliche Einwände sind insoweit nicht zu erheben.

2. Anders ist dies in Bezug auf die von der Beschwerdegegnerin zu 2) geltend gemachten Verstöße gegen Vergabevorschriften; insoweit ist der Nachprüfungsantrag nur nach Maßgabe des § 160 Abs. 3 GWB zulässig.

Ob nach dieser Vorschrift (geltend gemachte) Vergabeverstöße präkludiert sind, ist für jede erhobene Rüge eines Vergabeverstoßes gesondert zu prüfen (OLG Celle, Beschl. v. 31.07.2008, 13 Verg 3/08, BeckRS 2008, 16856; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.10.2015, VII-Verg 28/14, NZBau 2016, 235 [bei Juris Rn. 24]). Im vorliegenden Fall betrifft das die Rügen eines Vergabeverstoßes wegen des Vergabekriteriums „Bauzeitverkürzung“ (Nr. 4.1.10 des Leistungsverzeichnisses), wegen der Nichtangabe von Mindestkriterien für (zugelassene) Nebenangebote und wegen des sog. „Punktesystems“ (Umrechnung des Preises in Punkte).

2.1 Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB sind Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der (Vergabe-)Bekanntmachung (Nr. 2) oder in den Vergabeunterlagen (Nr. 3) erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe zu rügen, um eine Präklusion zu vermeiden. Die o. g. (vermeintlichen) Vergabefehler beziehen sich auf die Vergabebekanntmachung bzw. die Vergabeunterlagen. Eine diesbezügliche - zeitgerechte - Rüge der Beschwerdegegnerin zu 2) ist nicht erfolgt.

2.1.1 Die Angebotsabgabefrist endete vorliegend (nach Verlängerung der in Nr. IV.2.2 der Auftragsbekanntmachung bestimmten Frist [08.11.2017]) am 21.12.2017. Die Beschwerdegegnerin hat bis zu diesem Tage zu keinem der o. g. Punkte eine eigene Vergaberüge erhoben. Das ist unstrittig. Auf die (lange) nach Anlauf der Angebotsabgabefrist erhobenen Vergaberügen gem. Schreiben der Beschwerdegegnerin zu 2) vom 13.04.2018 (Bl. 007156 der Vergabeakte) kommt es demgemäß nicht mehr an; die o. g. Rügen waren zu diesem Zeitpunkt bereits präkludiert.

2.1.2 Soweit die Beschwerdegegnerin demgegenüber einwendet, die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße seien (für sie) nicht „erkennbar“ gewesen, kann dem nicht gefolgt werden.

Eine die Rügeobliegenheit auslösende Erkennbarkeit ist gegeben, wenn Verstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften von einem fachkundigen Bieter bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen erkannt werden können. Das ist - insbesondere - der Fall, wenn die in Gestalt der (Auftrags-) Bekanntmachung oder der Vergabeunterlagen vermittelte Tatsachengrundlage schon bei laienhafter rechtlicher Bewertung, also ohne Bemühung besonderen Rechtsrats, auf einen Vergaberechtsverstoß hindeutet (vgl. Gabriel/Mertens, in: BeckOK Vergaberecht, 9. Ed. 31.07.2018, GWB § 160 Rn. 159). Anders als bei erkannten (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB) Vergaberechtsverstößen geht eine - auch fahrlässig - unterlassene Rüge in den Fällen eines

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

erkennbaren Vergabeverstößens nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB zu Lasten des Bieters (vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 08.09.2005, 1 Verg 10/05, ZfBR 2005, 844/845 [zu II.2.1.b a. E.]).

Ein Bieter braucht die mit einer Rüge verbundenen Rechtsfragen nicht vollständig zu durchdringen. Er ist nur gehalten, die auf einen Vergaberechtsverstoß hindeutenden Tatsachen zu benennen, die sich in den Fällen des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB aus dem Inhalt der (Auftrags-) Bekanntmachung bzw. der Vergabeunterlagen ergeben. Umstände, die außerhalb dessen liegen - etwa zur Vergabeverfahrenswahl (vgl. dazu OLG Celle, B. v. 24.09.2014, 13 Verg 9/14, NZBau 2014, 784 [Rn. 50] oder zum Umfang der Beschaffung (vgl. EuGH, Urt. v. 11.10.2007, C-241/06, NZBau 2007, 798; Beschl. des Senats v. 30.03.2004, 6 Verg 1/03, SchIHA 2004, 279) - vermögen eine „Erkennbarkeit“ i. S. d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB nur zu begründen, wenn sie dem jeweiligen Bieter positiv bekannt waren (vgl. Wiese, in: Kulartz u.a., Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2016, § 160 Rn. 168).

Von der danach zu beurteilenden Rügeobliegenheit ist die Frage zu unterscheiden, ob eine Rüge im Einzelfall auch materiell-rechtlich begründet ist. Die Obliegenheit zur „schnellen“ Rüge von Vergabeverstößen zielt darauf ab, der Vergabestelle die Möglichkeit zur frühzeitigen Fehlerkorrektur zu geben. Dem entsprechend wird eine (materiell-rechtliche) Prüfung durch eine Vergaberüge nur „angestoßen“, um der Vergabestelle anschließend - für den Fall, dass die Rüge begründet ist - eine Korrekturmöglichkeit zu geben. Eine Grenze findet die Rügeobliegenheit erst bei rechtlich komplexen und durch die Rechtsprechung noch nicht vollständig geklärten Fragen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.01.2014, Verg 26/13, ZfBR 2014, 498/500). Dazu gehören die vorliegend betroffenen Rügen in Bezug auf das Vergabekriterium „Bauzeitverkürzung“, die Nichtangabe von Mindestkriterien für (zugelassene) Nebenangebote und zum sog. „Punktesystems“ (Umrechnung des Preises in Punkte) indes nicht.

2.1.2.1 Das Zuschlagskriterium „Bauzeitverkürzung“ wird im Nachprüfungsverfahren maßgeblich mit der Begründung angegriffen, dem Bieter würden damit - verschuldensunabhängig - unkalkulierbare Risiken auferlegt. Zudem sei die Realisierbarkeit einer Bauzeitverkürzung nicht überprüfbar.

Diese Gründe betreffen den Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB) und - insbesondere - die Frage, ob eine Bauzeitverkürzung seriös kalkulierbar ist bzw. inwieweit mit dem Angebot einer Bauzeitverkürzung ggf. verbundene Risiken auf Bieter „abgewälzt“ werden dürfen. Im Hinblick darauf, dass die Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses auf die Bieter nach § 28 SektVO und - insoweit gleichlautend - nach § 31 VgV nicht (mehr) verboten ist (vgl. Prieß/Simonis, in: Kommentar zur VgV, 2017, § 31 Rn. 9), kann es bei der Rüge nur noch um eine Unzumutbarkeit der Risikoüberbürdung gehen. Im rechtlichen Ansatzpunkt mag dies in Betracht kommen (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 04.02.2014, 1 Verg 7/13, VergabeR 2014, 409 [bei Juris Rn. 59]), ob dies (auch) materiell-rechtlich der Fall ist, ist keine Frage der Rügeobliegenheit i. S. d. § 160 Abs. 3 S. 1 GWB. Die Beschwerdegegnerin zu 2) wäre deshalb unter diesem Aspekt nicht gehindert gewesen, die Rüge (auch) unter dem Aspekt einer unzumutbaren Risikoüberbürdung schon frühzeitig – bis zum Ablauf der Angebotsabgabefrist – zu erheben, was nicht geschehen ist.

Das Gleiche gilt auch für die Rügen einer vergaberechtlichen Unzulässigkeit bzw. einer mangelnden Überprüfbarkeit einer angebotenen Bauzeitverkürzung. Der Sache nach betrifft sie das vergaberechtliche Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung (§ 28 Abs. 1 SektVO; vgl. dazu OLG Bremen, Beschl. v. 06.01.2012, Verg 5/11, ZfBR 2012, 621 [bei Juris Rn. 59]) und das Wettbewerbs- und Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB). Danach sind Vorgaben erforderlich, die es den Bietern ermöglichen, bei Angebotsabgabe auf der Grundlage aussagekräftiger Zuschlagskriterien vorauszusehen, nach welchen Maßstäben die Vergabestelle bei der Wertung eine Bauzeitverkürzung als gleichwertig anerkennen wird (vgl. BGH, Beschl. vom 07.01.2014, X ZB 15/13, BGHZ 199, 327 ff. [bei Juris Rn. 18, 24]).

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

Auch insoweit gilt, dass der zeitgerechten Erhebung der Vergaberüge keine Gründe der „Komplexität“ oder der (rechtlichen) Ungeklärtheit der mit der Rüge aufgeworfenen Fragen entgegenstanden. Das Fehlen (nicht nur) von Mindestanforderungen an das Angebot einer Bauzeitverkürzung, sondern auch von diesbezüglichen Zuschlagskriterien war für die Bieter ohne weiteres anhand der Vergabeunterlagen festzustellen; für die - sztl. (schon) anwaltlich beratene - Beschwerdegegnerin war dies ebenso erkennbar wie die daraus resultierende Intransparenz der Zuschlagskriterien.

2.1.2.2 Hinsichtlich der (ebenfalls erst im Nachprüfungsverfahren kritisierten) fehlenden Mindestanforderungen für technische Nebenangebote ist darauf hinzuweisen, dass bei der - hier gegebenen (Nr. II.2.10 der Auftragsbekanntmachung) - Zulassung von Nebenangeboten Mindestanforderungen, denen die Nebenangebote genügen müssen, nach § 33 Abs. 1 S. 2 SektVO festgelegt werden müssen, was nach § 33 Abs. 2 S. 1 SektVO in der (Auftrags-) Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen zu erfolgen hat. Das entspricht der zuvor geltenden Regelung in § 8 Abs. 1 S. 3 SektVO a. F. und den unionsrechtlichen Vorgaben in Art. 64 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 2014/25/EU (ABl. EU Nr. L 94/243 v. 28.03.2014), wie sie auch schon in Art. 36 Abs. 1 S. 2 der Vorgänger-Richtlinie 2004/17/EU enthalten waren. Die gleiche Rechtslage besteht – wie anzumerken ist – auch nach § 35 Abs. 2 S. 1 VgV und nach § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 S. 4 lit. b VOB/A.

Die genannten Vorschriften entsprechen der dazu vorliegenden (gefestigten) Rechtsprechung (vgl. - grundlegend - EuGH, Urt. v. 16.10.2003, C-421/01, NZBau 2004, 279 [„Traunfellner“]). Die Mindestanforderungen müssen aussagekräftig sein und sollen gewährleisten, dass das Qualitätsniveau von Nebenangeboten nachvollziehbar und überprüfbar dem für die Hauptangebote vorausgesetzten Standard entspricht (BGH, Urt. v. 07.01.2014, X ZB 15/13, BGHZ 199, 327 ff. = NZBau 20144, 185 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.01.2005, VII-Verg 106/04, ZfBR 2005, 317). In der Wertung dürfen Nebenangebote (folglich) nur berücksichtigt werden, wenn sie den aus der Vergabebekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zu entnehmenden leistungsbezogenen sachlich-technischen Vorgaben entsprechen (§ 33 Abs. 4 S. 1 SektVO: vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.01.2015, VII Verg 31/14, NZBau 2015, 503 ff.; OLG Koblenz, Beschl. v. 31.05.2006, 1 Verg 3/06, ZfBR 2006, 813; OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.03.2007, Verg W 12/06, VergabeR 2007, 786).

Im vorliegenden Fall war die Tatsache, dass Nebenangebote („Varianten/Alternativangebote“) zugelassen sind, der EU- Auftragsbekanntmachung vom 26.09.2017 – zu II.2.10 (für beide Lose) - zu entnehmen. Die zugelassenen Nebenangebote konnten bauliche Anlagen ebenso wie technische Installationen oder Einrichtungen betreffen. Daneben sind weitere Ansatzpunkte für Nebenangebote (Varianten) nicht auszuschließen, zumal insoweit den Vergabeunterlagen keinerlei Beschränkungen oder Ausnahmebereiche zu entnehmen sind. Das gilt insbesondere für das Angebot abweichender Bauverfahren (z. B. Verwendung von Betonfertigteilen) oder des Einbaus vorgefertigter Schaltelemente.

Für die Wettbewerbsteilnehmer war auch - leicht - erkennbar, dass weder das Leistungsverzeichnis noch die sonstigen Vergabeunterlagen an irgendeiner Stelle Angaben zu Mindestanforderungen für eventuelle Nebenangebote (Varianten) enthielten. Wenn - wie hier - (einerseits) Nebenangebote in II.2.10 der EU- Auftragsbekanntmachung allgemein zugelassen werden, hätten (andererseits) diesbezügliche leistungsbezogene, sachlich-technische oder (anderen) qualitative Vorgaben erwartet werden müssen. Diese fehlten jedoch. Es überfordert keinen (gar „vergabeerfahrenen“) Wettbewerbsteilnehmer, dies zu erkennen und auch zu rügen. Soweit dazu überhaupt juristischer Sachverstand benötigt wird, wäre dieser bis zum Ende der Angebotsabgabefrist erreichbar gewesen.

Auf die (früher streitige) Frage, ob Nebenangebote beim alleinigen Zuschlagskriterium „Preis“ zugelassen werden dürfen (verneinend: BGH, Beschl. v. 07.01.2014, a.a.O., Rn. 14), kommt es vorliegend schon im Ansatz

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

nicht an, da als Zuschlagskriterium neben dem Preis auch die Bauzeitverkürzung vorgesehen war (s. Nr. II.2.5 der Auftragsbekanntmachung). Angesehen davon ist die o. g. Frage mit der Vergaberechtsreform 2016 neu geregelt worden (vgl. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 6 VOB/A).

Von den fachkundigen (oder „vergabeerfahrenen“) Bieterinnen muss die Kenntnis der oben dargestellten Rechtslage erwartet werden, zumal sie (auch schon vor 2016) in der Literatur vielfach (zustimmend) behandelt worden ist (vgl. u. a. Schulze-Hagen, IBR 2005, 10; Kues/Kirch, NZBau 2011, 335 ff.; Dicks, VergabeR 2012, 318 ff.; Hänsel, NJW-Spezial 2015, 620). Das betrifft auch Publikationen, die sich an (Nichtjuristen und) Vergabepraktiker richten (vgl. z. B. bi-Baummagazin 1/2015, Auftragsberatungsstelle Bayern Okt. 2015).

2.1.2.3 Die gegen das Punktesystem gerichtete Rüge betrifft schließlich ebenfalls keine „komplexen“ oder in der Rechtsprechung ungeklärten Fragen.

Es geht - im Kern - allein um die sachgerechte Bewertung des Angebots einer Bauzeitverkürzung in Relation zum Preiskriterium. Auch hier gilt, dass die Frage der Begründetheit der diesbezüglichen Rüge von der Obliegenheit, sie beim Vorliegen konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte zeitgerecht zu erheben, zu unterscheiden ist. Ansatzpunkte dafür, dass die Beschwerdegegnerin innerhalb der Frist zur Angebotsabgabe zu einer diesbezüglichen Rüge außerstande gewesen wäre, bestehen nicht.

2.1.3 Die Präklusion der die fehlende Angabe von Mindestanforderungen für Nebenangebote betreffenden Rüge wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Beschwerdegegnerin zu 2) selbst kein Nebenangebot hat abgegeben wollen. Ob eine solche Absicht bestand, ist weder (wie die Vergabekammer [S. 13 des Beschl.-Abdr.] annimmt) für die „Erkennbarkeit“ des geltend gemachten Vergaberechtsverstößes i. S. d. 160 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB relevant, noch lässt sich eine allgemeine „Begrenzung“ der Rügeobliegenheit eines Bieters in Anknüpfung an dessen Absichten oder Verhalten im konkreten Vergabeverfahren begründen.

Soweit in der Vergaberechtsprechung angenommen worden ist, dass ein Bieter, der selbst nur ein Hauptangebot abgibt und von der Möglichkeit, sich an der Ausschreibung auch mit Nebenangeboten zu beteiligen, keinen Gebrauch machen will, keine „Veranlassung“ habe, „sich mit dem die Abgabe von Nebenangeboten betreffenden Teil der Ausschreibung näher zu befassen und seinen Inhalt auf seine vergaberechtliche Zulässigkeit zu untersuchen (OLG Koblenz, Beschl. v. 31.05.2006, 1 Verg 3/06, ZfBR 3006, 813 [bei Juris Rn. 42], OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.03.2007, Verg W 12/06, VergabeR 2007, 786 [bei Juris Rn. 60], VK Südbayern, Beschl. v. 29.04.2009, Z-3-3194-1-11-03/09, Juris [Rn. 71]), bezieht sich dies auf erkannte Vergabemängel (§ 107 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB a. F.), nicht dagegen auf Mängel, die aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbar waren. In den o. g. Entscheidungen wird die genannte Annahme zudem nicht weiter begründet; sie bezieht sich – ohne weitere Differenzierung – allgemein auf § 107 Abs. 3 S. 1 GWB a. F. und stellt auf eine „positive Kenntnis“ der Wertung von Nebenangeboten ab, also gerade nicht darauf, ob ein Vergabemangel i. S. d. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB a. F. - jetzt: § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB - erkennbar war.

Für die Erkennbarkeit eines (ggf. zu rügenden) Vergaberechtsverstößes war auch schon nach „altem“ Recht auf einen durchschnittlich fachkundigen und die übliche Sorgfalt anwendenden Bieter abzustellen (vgl. Wiese, in: Kulartz u. a., Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2014, § 107 Rn. 122). Es kommt somit nicht auf den im Einzelfall betroffenen Bieter oder dessen Absichten in einem Vergabeverfahren an. Es gilt vielmehr ein objektiver Maßstab: Zu fragen ist, ob ein sorgfältig handelndes Unternehmen, das mit den wichtigsten Regeln der öffentlichen Auftragsvergabe vertraut ist, den Vergabeverstoß ohne Einholung besonderen Rechtsrats erkennen kann (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.06.2016, Verg 6/16, VergabeR 2016, 751 ff. [bei Juris Rn. 36 ff.]). Das ist der Fall, wenn ein Vergabemangel bereits durch bloßes Lesen der einschlägigen Normen und einen Vergleich mit dem Text der Vergabeunterlagen ohne Weiteres feststellbar ist und die verletzten

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

Vergabevorschriften zum grundlegenden Wissen eines durchschnittlich fachkundigen und sorgfältigen Bieters gehören (vgl. EuGH, Urt. v. 26.03.2015, C- 538/13, NZBau 2015, 307 [bei Juris Rn. 55, 58]).

Die Obliegenheit zur Rüge erkennbarer Vergabemängel kann damit nicht davon abhängig sein, ob der einzelne Wettbewerbsteilnehmer (selbst) die Abgabe eines Nebenangebots beabsichtigt. Die Rügeobliegenheit ist unabhängig davon, ob ein (erkennbarer) Vergabemangel einen Bieter „persönlich“ betrifft; sie besteht auch dann, wenn sich der ggf. vorliegende Mangel zu dessen Gunsten auswirken könnte (vgl. Summa, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 2016, § 160 GWB Rn. 332). Unabhängig davon muss damit gerechnet werden, dass andere Angebote Nebenangebote enthalten werden, so dass die Gefahr ihrer - möglicherweise vergaberechtswidrigen – Zulassung und Einbeziehung in die Wertung bzw. der Beauftragung konkurrierender Bieter entsteht. Das kann die Auftragschancen entscheidend beeinflussen, und zwar gerade auch dann, wenn ein einzelner Bieter selbst kein Nebenangebot abzugeben beabsichtigt. Der vorliegende Fall belegt dies geradezu. Insbesondere eine unterbliebene Rüge fehlender Mindestanforderungen zu (zugelassenen) Nebenangeboten führt dazu, dass ein Bieter unter diesem Gesichtspunkt die Erteilung des Zuschlags auf ein konkurrierendes Nebenangebot und die diesem vorausgegangene Wertung nicht mehr in zulässiger Weise zur Nachprüfung stellen kann (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 11.02.2010, 13 Verg 16/09, VergabeR 2010, 669 [bei Juris Rn. 31], OLG Koblenz, Beschl. v. 18.09.2003, 1 Verg 4/03, ZfBR 2003, 822 [bei Juris Rn. 76]). Das gilt zumindest insoweit, als die Wertung und Zuschlagerteilung auf das konkurrierende Nebenangebot als „Folgefehler“ und zwangsläufige Auswirkung des – nicht gerügten – Vergabemangels anzusehen ist (vgl. Summa, a.a.O., Rn. 329, 333; Wiese, in: Kulartz u. a., Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2016, § 160 Rn. 128).

Die (weitere) Frage, ob ein Vergabemangel für einen (auch) durchschnittlichen, sorgfältigen Bieter nicht (mehr) „erkennbar“ ist, wenn ein solcher erst nach Einholung externen Rechtsrats oder weiterer Recherchen hervortritt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung, weil die hier in Rede stehenden Vergabemängel ohne solche Prüfungen oder Nachforschungen hätten gerügt werden können (s. o. 2.1.2).

2.1.4 Die von der Beschwerdegegnerin ausgebrachte Rüge vom 13.04.2018 bezieht sich auf die in der Vergabeinformation vom 09.04.2018 angekündigte Zuschlagsentscheidung und die ihr vorausgegangene Angebotswertung, die gegen § 127 GWB verstoße. Das Rügeschreiben bezieht sich auf (möglicherweise gegebene) Vergabemängel, die aus der o. g. Vergabeinformation abgeleitet werden und von denen erst im Laufe der Vergabeverfahrens Kenntnis erlangt werden konnte (zur Realisierbarkeit einer Bauzeitverkürzung und zur Frage eines Niedrigpreisangebots). Es ist dem Anwendungsbereich des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB zuzuordnen und enthält insoweit ein rechtzeitige („unverzügliche“) Rüge.

Soweit demgegenüber auch Vergabemängel angesprochen werden, die anhand der Vergabebekanntmachung bzw. der Vergabeunterlagen bereits erkennbar waren, bleibt es bei der Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB (s. o. 2.1.2-2.1.3). Das gilt insbesondere für das Zuschlagskriterium „Bauzeitverkürzung“, ebenso auch für die (in dem Schreiben vom 13.04.2018 nicht mehr angesprochene) Frage von Mindestanforderungen für Nebenangebote sowie für die Umrechnung von Preisen in Punkte. Letztere ist allenfalls insoweit von der Präklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB ausgenommen, als nicht die Umrechnungsmethode, sondern deren konkrete Anwendung und die Punktevergabe im Einzelfall in Rede steht (vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 27.03.2017, 17 Verg 1/17, VergabeR 2018, 172 [bei Juris Rn. 7-8]).

2.1.5 Die Beschwerdegegnerin zu 2) kann der Präklusion der Rügen von Vergabefehlern, die anhand der Vergabebekanntmachung bzw. der Vergabeunterlagen erkennbar waren (s. o. 2.1.2-2.1.3), nicht unter Verweis auf die mit Schreiben der E. GmbH vom 04.12.2017 erhobenen „Beanstandungen“ und der im Schreiben der S.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

GmbH vom 05.12.2017 enthaltenen Bitte um eine „Erläuterung“ des Bewertungssystems und der Zuschlagskriterien entgehen.

Sie hat - unbeschadet dieser Schreiben - ihr Angebot innerhalb der Angebotsfrist abgegeben, ohne (zuvor) darauf Bezug zu nehmen oder in anderer - klarer - Weise zum Ausdruck zu bringen, dass sie an vorher erhobenen „Beanstandungen“ - ungeachtet der am 05.12.2017 erfolgten „Korrektur“ der Pos. 4.1.10 des Leistungsverzeichnisses durch die Vergabestelle - festhalte.

Unabhängig davon begründen die beiden o. g. Schreiben nicht die von der Beschwerdegegnerin gewünschte Wirkung:

Hinsichtlich des Schreibens der Firma S. GmbH vom 05.12.2017 folgt dies bereits aus dessen Inhalt. In diesem Schreiben wird lediglich „aufgrund der Transparenz“ um Erläuterung (u.a.) in Bezug auf die Bauzeitverkürzung und deren Bepunktung gebeten. Eine konkrete vergaberechtliche Beanstandung ist daraus nicht zu entnehmen; es ist nicht einmal erkennbar, dass (unabhängig vom Inhalt der erbetenen Erläuterung) ein Vergabefehler geltend gemacht werden soll, dem die Vergabestelle gegebenenfalls abhelfen könnte (vgl. Wiese, in: Kulartz u.a., Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2016, § 160 GWB Rn. 171-172).

Hinsichtlich des Schreibens der Firma E. GmbH vom 04.12.2017 ist - seinem Inhalt nach - von einer hinreichend klaren Rüge i. S. d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB auszugehen, indem dort ausgeführt wird, eine „Bauzeitgarantie“ dürfe vergaberechtlich nicht gefordert werden und der „relative“ Ansatz der Umrechnung von Preisen in Punkte sei fehlerhaft. In Bezug auf die Bauzeitverkürzung wird auch die Frage der „Gewichtung“ dieses Zuschlagkriteriums angesprochen, allerdings wird die Frage der Benennung von Mindestanforderungen für zugelassene Nebenangebote im Übrigen nicht behandelt.

Unabhängig davon, dass das Rügeschreiben damit nicht alle (oben zu 2.1.2.1 – 2.1.2.3 angesprochenen Punkte) benennt, kann es der Bietergemeinschaft bzw. Beschwerdegegnerin zu 2) nicht als Rüge i. S. d. § 160 Abs. 3 GWB zugerechnet werden; die dafür - in diesem Sinne - angeführten Beschlussgründe der Vergabekammer (S. 10-12 d. Abdr.) sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Eine Rüge nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB muss von dem Unternehmen erhoben werden, das (im Nachprüfungsverfahren) die Beseitigung der behaupteten Vergaberechtsverletzung geltend macht. Im Fall einer Bietergemeinschaft müssen deshalb alle ihre Mitglieder gemeinsam rügen oder ein Mitglied zur Erhebung der Rüge im Namen der Bietergemeinschaft bevollmächtigen oder ermächtigen (vgl. Summa, a.a.O., § 160 GWB Rn. 147). Die Rüge eines einzelnen Mitglieds der Bietergemeinschaft genügt nicht.

Möglich wäre allein die Erhebung einer Vergaberüge durch einen Stellvertreter oder als gewillkürter Verfahrensstandschafter im eigenen Namen, aber für fremde Rechte (der Bietergemeinschaft). Beides müsste aber offengelegt werden, so dass klar ist, dass die Rechtswahrnehmung nicht für sich selbst, sondern für die (künftig) am Vergabeverfahren beteiligte Bietergemeinschaft erfolgen soll (vgl. dazu OLG München, Beschl. v. 14.01.2015, Verg 15/14, NZBau 2015, 575 ff. [bei Juris Rn. 21-23]). Allein ein nur intern gebliebenes Einverständnis der (späteren) Mitglieder der Bietergemeinschaft mit der Vorgehensweise der Fa. E. GmbH genügt für die Annahme eines Handelns in gewillkürten Verfahrensstandschaft nicht (OLG Dresden, Beschl. v. 23.07.2013, Verg 4/13, VergabeR 2014, 81 ff.).

Eine Offenlegung im o. a. Sinn ist vorliegend nicht erfolgt. Es fehlt überdies eine (auch nachträgliche) Vollmacht der Bietergemeinschaft für die Firma E. GmbH zur Rügeerhebung. Das Gleiche gilt auch für eine (nachträgliche) Ermächtigung zur Rügeerhebung, wobei dahinstehen kann, ob in einem solchen Fall (noch) eine zeitgerechte Rüge angenommen werden könnte.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

Die Vergabekammer hat zutreffend darauf hingewiesen dass eine gewillkürte Verfahrensstandschaft der Firma E. GmbH auch daran scheitert, dass die den Nachprüfungsantrag stellende Bietergemeinschaft im Zeitpunkt des Rügeschreibens vom 04.12.2017 noch gar nicht gegründet worden war (S. 11 des Beschl.-Abdr.). Der Senat folgt (auch) der im Kammerbeschluss zitierten Entscheidung der Vergabekammer Hessen, wonach Rügen, die von (späteren) Mitgliedern einer Bietergemeinschaft erhoben worden sind, bevor diese gebildet war, der Bietergemeinschaft nicht „automatisch“ zuwachsen. Zu fordern ist vielmehr, dass sich die (spätere) Bietergemeinschaft die von einzelnen Unternehmen, die jetzt der Bietergemeinschaft angehören, erhobenen Rügen ausdrücklich zu eigen macht und diese auch aufrechterhält (VK Hessen, Beschl. v. 26.01.2005, 69d VK-96/2004, Juris; ebenso: VK Sachsen, Beschl. v. 24.05.2007, 1/SVK/029-07, NZBau 2008, 80 [Ls; bei Juris Rn. 52]).

Das kann - im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdegegnerin – ebenso wenig als bloße „Förmelei“ verworfen werden wie das Erfordernis, dass die am Vergabeverfahren beteiligte Bietergemeinschaft (nach ihrer Gründung) eine zuvor von einem ihrer (späteren) Mitglieder erhobene „Beanstandung“ als Vergaberüge i. S. d. § 160 Abs. 2 GWB erhebt. Eine vorherige - zeitgerechte und wirksame - Vergaberüge ist eine Zulässigkeitsvoraussetzung des Nachprüfungsverfahrens, auf die in aller Regel nicht verzichtet werden kann. Eine Ausnahme mag gelten, wenn die Vergabestelle von vornherein jede Korrektur des Vergabeverfahrens ablehnt (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 18.09.2003, 1 Verg 4/03 ZfBR 2003, 709 [Rn. 59]). Dafür fehlen vorliegend jegliche Anhaltspunkte.

Abgesehen davon ist es keineswegs sicher und in manchen Konstellationen nicht einmal naheliegend, dass eine Bietergemeinschaft (sämtliche) früheren Rügen einzelner Unternehmen aufrechterhalten will. Es dient in dem auf Beschleunigung angelegten Vergabeverfahren zudem der Rechtssicherheit, wenn sich die Bietergemeinschaft darauf festlegt, welche Vergaberügen sie „übernehmen“ und ggf. zur Grundlage eines Nachprüfungsantrages machen will (und welche nicht).

Soweit die Beschwerdegegnerin demgegenüber auf die (vom Gesetzgeber den Vergaberügen zugedachte) Funktion verweist, möglichst frühzeitig etwaigen Vergabefehlern abzuwehren, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Die genannte Funktion mag im übergreifenden Interesse an raschen und rechtssicheren Vergabeverfahren liegen, vermag aber nicht zu begründen, einem Bieter (Bietergemeinschaft) auch solche Rügen zuzurechnen, die zuvor von einem anderen (Einzel-) Unternehmen erhoben worden sind.

Dem (in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen) Argument der Beschwerdegegnerin, ihr komme es - unabhängig davon, ob die von der Fa. E. GmbH erhobenen Beanstandungen der Bietergemeinschaft zuzurechnen sind – zugute, dass (überhaupt) ein „Dritter“ eine Vergaberüge erhoben habe, folgt der Senat nicht. Es mag sein, dass Vergaberügen generell (auch) dem Zweck dienen, der Vergabestelle Gelegenheit zu einer frühzeitigen Fehlerkorrektur zu geben. Davon zu unterscheiden ist aber die Mitwirkungsobliegenheit jedes am Vergabeverfahren beteiligten Bieters bzw. einer Bietergemeinschaft, an deren Versäumnis für diesen Bieter die Folge der Präklusion – m. a. W. der Unzulässigkeit seines Nachprüfungsantrags hinsichtlich der von ihm versäumten Rügen geknüpft ist. Der Beschwerdeführerin ist darin zu folgen, dass eine andere „Lesart“ einem Lotteriespiel gleichkäme, weil im Falle einer versäumten Rüge nur der Zufall darüber entschiede, ob ein anderer Bieter einen bestimmten Vergabemangel gerügt hat (Schriftsatz vom 18.12.2018, S. 5). Zu dieser Frage ist entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nicht angezeigt, weil der Senat mit seiner diesbezüglichen Beurteilung von keiner Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweicht (§ 179 Abs. 2 GWB).

2.1.6 Die (weitere) Frage einer Präklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB hat die Vergabekammer in ihrem Beschluss (S. 12 d. Abdr.) offengelassen.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

Zulässige Rügen (s. o. 2.1.4) hat die Vergabestelle mit Schreiben vom 25.04.2018 zurückgewiesen. Der Nachprüfungsantrag der Beschwerdegegnerin zu 2) vom 04.05.2018 ist innerhalb der 15-Tages-Frist gestellt worden.

In Bezug auf nicht erhobene Rügen (s.o. 2.1.2-2.1.3) greift § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB nicht. Einer Nichtabhilfemitteilung der Vergabestelle bedarf es insoweit nicht. Der Nachprüfungsantrag der Beschwerdegegnerin zu 2) ist damit sowohl hinsichtlich der Zulässigkeit einer Wertung der Bauzeitverkürzung bzw. der Umrechnung von Preisen in Punkte als auch hinsichtlich des beanstandeten Fehlens von Mindestanforderungen für Nebenangebote präkludiert und unzulässig (§ 160 Abs. 3 GWB).

In Bezug auf die gegen das Kriterium „Bauzeitverkürzung“ vorgebrachte Rüge ist hinzuzufügen, dass die Vergabestelle durch ihr „Antwortpaket“ 05.12.2017 deutlich gemacht hat, dass sie dieser nicht folgt. Der Nachprüfungsantrag vom 04.05.2018 liegt außerhalb der Frist nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB. Der Vergabestelle ist deshalb darin zuzustimmen, dass insoweit – auch – nach dieser Vorschrift Präklusion eingetreten ist (Schreiben vom 25.04.2018, zu 2.a.aa [Bl. 07145 der Vergabeakten, Ordner 7]).

3. Der Nachprüfungsantrag der Beschwerdegegnerin zu 2) war unbegründet; er hätte deshalb von der Vergabekammer zurückgewiesen werden müssen.

Soweit die Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 GWB reicht, kann die Beschwerdegegnerin keinen Erfolg ihrer Beschwerde (mehr) beanspruchen (unten 3.1). Anders wäre dies nur, wenn nach Eintritt der Rügepräklusion im weiteren Vergabeverfahren einschließlich der Prüfung und Wertung der Angebote und der Zuschlagsentscheidung bieterschützende Vergabevorschriften i. S. d. § 97 Abs. 1 GWB verletzt worden wären; das ist indes nicht festzustellen (unten 3.2).

3.1 Nachdem die Beschwerdegegnerin die rechtzeitige Rüge einer (Un-) Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums „Bauzeitverkürzung“, des Fehlens von Mindestanforderungen für zugelassene Nebenangebote und der Umrechnungsmethode von Preisen in Punkte unterlassen hat und insoweit präkludiert ist, kann sie eine materielle vergaberechtliche Nachprüfung der mit den genannten Beanstandungen in einem zwingenden Zusammenhang stehenden Fragen nicht mehr beanspruchen (vgl. Wiese, a.a.O., § 160 GWB Rn. 128).

3.1.1 Wird die rechtzeitige Rüge eines erkennbaren Vergaberechtsverstoßes unterlassen, ist der Nachprüfungsantrag insoweit unzulässig, was – auch – dazu führt, dass der darauf bezogene Anspruch auf Nachprüfung verloren geht. Die Präklusion kann (auch) nicht dadurch überwunden werden, dass die genannten Rechtsverstöße „von Amts wegen“ aufgegriffen werden; weder ist insoweit ein Ermessen der Nachprüfungsinstanzen eröffnet noch besteht die Möglichkeit, den o. g. Beanstandungen im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes (§ 175 Abs. 2 iV. m. § 70 Abs. 1 GWB) nachzugehen. Die Präklusionsregeln dürfen über den Untersuchungsgrundsatz nicht umgangen werden (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 11.02.2010, 13 Verg 16/09, VergabeR 2010, 669, [bei Juris Rn. 45]; OLG München, Beschl. v. 10.12.2009, Verg 18/09, [bei Juris Rn. 42]; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.10.2003, 1 Verg 2/03, NZBau 2004, 117 [zu B.II.1 der Gründe]; VK Mainz, Beschl. v. 10.06.2010, VK 1-17/10, [bei Juris Rn. 78]; VK Potsdam, Beschl. v. 17.11.2015, VK 20/15, [bei Juris Rn. 73]).

3.1.2 Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin zu 2) sich erst durch die Vergabeinformation vom 09.04.2018 und die damit „hervorgetretene“ Wertung eines konkurrierenden Angebots zu einer (substantiierten) Rüge veranlasst gesehen hat, vermag an der vorstehenden Begrenzung ihres (materiellen) Überprüfungsanspruchs nichts zu ändern.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

Zwar hat das Fehlen von Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Vergabeunterlagen Auswirkungen auf die Angebotswertung (3.1.2.1), doch kann die Beschwerdegegnerin wegen der diesbezüglich gegebenen Präklusion keine Überprüfung der Vergabeentscheidung beanspruchen (3.1.2.2).

3.1.2.1 Das - zunächst (nur) „optional“, sodann als „fester Bestandteil“ der Ausschreibung angeführte - Kriterium „Bauzeitverkürzung“ (das separat durch Bewertungspunkte erfasst wird) entspricht einem (technischen) Nebenangebot (vgl. BKartA, Beschl. v. 13.07.1999, VK 2-14/99, Juris). Das Gleiche gilt für das Angebot von Bauverfahren, die von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses abweichen (z. B. Betonfertigteile statt Ortbeton). Für beide Fälle müssen die Vergabeunterlagen bestimmte leistungsbezogene, sachlich-technische Mindestvorgaben für Nebenangebote enthalten (vgl. BGH, Beschl. v. 07.01.2014, X ZB 15/13, BGHZ 199, 344 ff. [bei Juris Rn. 24]). Das gilt für Bauverfahren hinsichtlich der geforderten Ausführungsart und -qualität sowie für eine „Bauzeitverkürzung“ in Bezug auf die Anforderungen an die Verlässlichkeit des durch den (angebotenen) Zeitgewinn entstehenden Mehrwerts.

Fehlen solche Mindestanforderungen für Nebenangebote, hat dies - materiell-rechtlich - zur Folge, dass abgegebene Nebenangebote nicht gewertet werden dürfen, und zwar auch dann nicht, wenn sie (wie hier) in der Auftragsbekanntmachung (zu II.2.10) allgemein zugelassen worden sind (EuGH, Urt. v. 16.10.2003, C-421/01, {„Traunfellner“} NZBau 2004, 279/280 [Rn. 32, 33]; OLG München, Beschl. v. 11.08.2005, Verg 12/05, VergabeR 2006, 119 [bei Juris Rn. 32]; OLG Koblenz, Beschl. v. 31.05.2006, 1 Verg 3/06, ZfBR 2006, 813 [Ls. 3; zu 2.a.aa der Gründe]). Das entspricht der Regelung in § 33 Abs. 4 S. 1 SektVO.

3.1.2.2 Soweit die Beschwerdegegnerin die Wertung der Nebenangebote der Beschwerdeführerin wegen einer mangelnden Überprüfbarkeit der angebotenen Bauzeitverkürzung bzw. einer von „zwingenden Vorgaben“ abweichenden Bautechnologie beanstandet, geht es nicht darum, dass damit Vorgaben des Auftraggebers für Nebenangebote nicht eingehalten werden. Vielmehr beziehen sich die genannten Beanstandungen auf den „Grundfehler“, dass Mindestanforderungen für Nebenangebote fehlen. Die aus diesem „Grundfehler“ resultierende mangelnde Zuschlagsfähigkeit von Nebenangeboten, für die keine Mindestanforderungen benannt worden sind (s. o. 3.1.2.1), ist eine zwangsläufige Folge der unterbliebenen Festlegung und Bekanntgabe von Mindestbedingungen. Gerade dies kann von der Beschwerdegegnerin indes wegen der Rügepräklusion gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB nicht mehr in zulässiger Weise zur Nachprüfung gestellt werden (OLG Celle, Beschl. v. 11.02.2010, 13 Verg 16/09, VergabeR 2010, 669 ff. [bei Juris Rn. 31]; OLG Koblenz, Beschl. v. 18.09.2003, 1 Verg 4/03, VergabeR 2003, 709 [bei Juris Rn. 76]; KG Berlin, Beschl. v. 17.10.2002, 2 KartVerg 13/02, VergabeR 2003, 50 ff. [Ls. 1]; Summa, a.a.O., Rn. 332).

3.2 Gegenstand zulässiger (nicht von der Präklusion erfasster) Nachprüfung bleiben Vergabefehler, die keine „Folgefehler“ im o. g. Sinne sind, insbesondere solche, die (zeitlich) nach der für die Präklusion maßgeblichen Rügefrist (hier: dem Ende der Angebotsabgabefrist) liegen. Das gilt insbesondere für die Phasen der Prüfung und Wertung der Angebote durch die Vergabestelle und die (darauf gestützte) Zuschlagsentscheidung.

Eine Verletzung bieterschützender Vergabevorschriften ist diesbezüglich nicht festzustellen.

3.2.1 Das Argument der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin sei mit dem Angebot einer Bauausführung „fast ausschließlich“ mit Betonfertigteilen von der im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Bauweise - Ortbeton - abgewichen, führt nicht zu einem Vergabefehler. Zwar gilt auch im Bereich der Sektorenverordnung, die (selbst) keinen dem § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV entsprechenden Ausschlussgrund enthält, dass eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen im Angebot eines Bieters zum Angebotsausschluss führt (vgl. VK Bund, Beschl. v. 05.03.2014, VK 2-9/14, ZfBR 2014, 414). Vorliegend ist die Abweichung von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses aber im Rahmen eines Nebenangebots erfolgt, indem eine andere technische Lösung angeboten wird, als sie in den Ausschreibungsunterlagen (für ein Hauptangebot)

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

vorgesehen ist. Ein - außerhalb des präkludierten Bereichs (s. o. 3.1.2) liegender - Vergabefehler ist insoweit nicht zu erkennen. Auf die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses zu einem Hauptangebot kommt es in Bezug auf ein Nebenangebot nicht an. Ansatzpunkte dafür, dass bestimmte Anforderungen für ein Hauptangebot zugleich auch als Mindestkriterien für ein Nebenangebot gelten sollen, sind den Vergabeunterlagen nicht zu entnehmen.

Das Gleiche gilt auch für den im Angebot der Beschwerdeführerin offerierten Ort der Aufstellung der 25 kV-Schaltanlage. Die Beschwerdegegnerin weist insoweit zwar zutreffend darauf hin, dass im Leistungsverzeichnis (S. 88) – als „Soll-Anforderung“ – eine freistehende Aufstellung gefordert worden ist, was sich auch aus der Ausschreibungsplanung (Grundriss Erdgeschoss [Anlage ASt 18]) ergibt. Das Angebot einer Wandaufstellung weicht davon ab. Die Abweichung hat indes allein zur Folge, dass (auch) insoweit ein Nebenangebot der Beschwerdeführerin vorliegt.

Schließlich vermag auch der Hinweis der Beschwerdegegnerin darauf, dass die (Ausführungs-)Planung einschließlich der Statik und Werkplanung - nach Titel 1.1 der Leistungsverzeichnisse (Langtext) - spätestens 12 Wochen vor Baubeginn vorzulegen und der Auftraggeberin - ebenso, wie eine „individuelle“ Planung zu den Lüftungs- bzw. Schaltanlagen - zur Prüfung und Freigabe auszuhändigen sei, einen Ausschluss des Nebenangebots der Beschwerdeführerin nicht zu begründen. Dabei mag offenbleiben, ob das Angebot der Beschwerdeführerin, mit der Produktion von Fertigteilen oder von Lüftungs- bzw. Schaltanlagen sogleich nach Auftragserteilung zu beginnen, mit der o. g. Anforderung zu vereinbaren ist. Auch hier gilt, dass die Beschwerdeführerin ein Nebenangebot abgegeben hat, das jedenfalls nicht allein wegen evtl. Abweichungen zu den für ein Hauptangebot geltenden Anforderungen des Leistungsverzeichnisses ausgeschlossen werden kann.

Die - weitere - Frage, ob die o. g. Nebenangebote insoweit erforderliche Mindestanforderungen erfüllen, ist infolge der insoweit greifenden Präklusion der Nachprüfung entzogen. Das Gleiche gilt für die Einbeziehung der Nebenangebote der Beschwerdeführerin in die Wertung (s. o. 3.1.2).

3.2.2 Auch bei (unterstellter) Erfüllung von Mindestanforderungen könnte eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Beschwerdeführerin nur ergehen, wenn ihre Nebenangebote eine mit den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses gleichwertige Leistung enthalten (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.07.2008, Verg W 10/08, VergabeR 2009, 222 [bei Juris Rn. 62]; OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 26.06.2012, 11 Verg 12/11, VergabeR 2012, 884 ff. [bei Juris Rn. 106]).

Von einer Gleichwertigkeit ist die Vergabestelle vorliegend ausgegangen. Der Umstand, dass die Vergabestelle dabei nicht auf Zuschlagskriterien (vgl. § 127 Abs. 4 S. 2 GWB) oder andere - in der Ausschreibung festgelegte - „Beschaffensmerkmale“ (vgl. Dicks, in: Kularz u. a., Kommentar zur VgV, 2017, § 35 Rn. 34), die eine nachvollziehbare Überprüfung des Qualitätsniveaus von Nebenangeboten und ihres technischen-funktionellen und sonstigen sachlichen Werts ermöglichen (vgl. BGH, Beschluss vom 07.01.2014, X ZB 15/13, BGHZ 199, 327 ff. [bei Juris Rn. 24]), Bezug genommen hat, fällt der insoweit gegebenen Präklusion zum Opfer. Das gilt auch für das Kriterium „Bauzeitverkürzung“ und den dagegen vorgebrachten Einwand ihrer Nicht-Kalkulierbarkeit bzw. einer damit verbundenen unzumutbaren Risikoüberbürdung (s. o. 2.1.2.1).

Der Nachprüfung zugänglich ist danach nur noch die Rechtmäßigkeit der - konkret - von der Vergabestelle durchgeführten (Gleichwertigkeits-) Prüfung, die der Frage gilt, ob die alternativ angebotene Leistung die Anforderungen der Ausschreibung ebenso erfüllt, wie es für eine nach Maßgabe des Leistungsverzeichnisses erbrachte Leistung der Fall wäre (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.07.2008, a.a.O., Rn. 64; OLG Zweibrücken, Urte. v. 20.11.2003, 4 U 184/02, BauR 2004, 1454;).

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

Die mündliche Verhandlung hat dazu ergeben, dass die Vergabestelle insoweit eine eigene fachliche und ingenieurtechnische Prüfung der Nebenangebote zugrunde gelegt hat (vgl. dazu auch S. 10-12 des Schriftsatzes vom 17.05.2018 der Vergabestelle im Verfahren vor der Vergabekammer). Das ist weder methodisch noch der Sache nach zu beanstanden.

Zur Frage, ob ein Nebenangebot zu einer - im o. a. Sinne - gleichwertigen Leistung führt, kann keine „objektiv“ richtige Beurteilung verlangt werden. Maßgeblich ist die ex-ante-Sicht der Vergabestelle, die auf der Grundlage des sachlichen Gehalts eines Nebenangebots (auch) prognostisch darüber zu befinden hat, ob eine anforderungsgerechte Ausführung zu erwarten ist.

Insoweit kann die Vergabestelle einen - weiten - Beurteilungsspielraum beanspruchen, der die Anforderungen an einen verlässlichen Betrieb der ausgeschriebenen Zugbildungsanlagen einschl. der zugehörigen elektrotechnischen Installationen einschließt (vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 22.12.1999, 1 Verg 4/99, BauR 2000, 1636 ff. [bei Juris Rn. 26 m. w. N.]; OLG Brandenburg, a.a.O.; OLG Celle, Beschl. v. 10.01.2008 13 Verg 11/07, Juris [Rn. 85]; BGH, Beschl. v. 23.03.2011, X ZR 92/09, NZBau 2011, 438). Die gerichtliche Überprüfung dieses Beurteilungsspielraums ist eingeschränkt: Es kann nicht darum gehen, die von der Vergabestelle vertretene Beurteilung durch eine vermeintlich „bessere“ zu ersetzen, die Nachprüfung hat sich vielmehr auf die Prüfung zu beschränken, ob die Vergabestelle bei ihrer Beurteilung von einem zutreffend ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist oder ob sie ihre Beurteilung auf sachfremde Erwägungen gestützt hat (OLG Celle, Beschl. v. 03.06.2010, 13 Verg 6/10, VergabeR 2010, 1014 ff [bei Juris Rn. 94]: vgl. auch Beschl. des Senats vom 20.03.2008, 1 Verg 6/07, SchIHA 2008, 162 [bei Juris Rn. 80]).

Beurteilungsfehler im genannten Sinne sind vorliegend nicht festzustellen.

3.2.2.1 Das Angebot der Beschwerdeführerin zum Standort der Schaltanlagen (mit/ohne Wartungsgang) wird (auch) von der Beschwerdegegnerin nicht im Hinblick auf eine nicht gegebene Gleichwertigkeit angegriffen, sondern wegen einer diesbezüglichen – unzulässigen – nachträglichen Änderung des Nebenangebots (dazu unten 3.2.3). Gegen die Gleichwertigkeit bestehen hier keine Bedenken, da die angebotenen Anlagen den „allgemeinen“ Anforderungen der Ausschreibung an die Anlagenfunktion, -sicherheit und -verfügbarkeit entsprechen (vgl. Fragenpaket vom 22.11.2017, zu 3.).

3.2.2.2 Die zur Bauzeitverkürzung erfolgten Angaben des Bieters in dessen Angebot sowie die diesbezügliche Prüfung der Vergabestelle begründen die Prognose, dass mit hinreichender Sicherheit eine ausschreibungsgerechte und zugleich „schnellere“ Leistungserbringung zu erwarten ist (vgl. OLG München, Beschl. v. 10.12.2009, Verg 16/09, VergabeR 2020, 246 ff. [bei Juris Rn. 98 f.]).

Die Vergabestelle hat die „Realisierbarkeit“ der angebotenen Bauzeitverkürzung geprüft und dabei insbesondere die Verwendung von Beton-Fertigteilen, die die erforderlichen Beton-Aushärtzeiten bzw. die Zeit für die erforderliche Druckfestigkeit des Betons reduzieren, den Einbau vorproduzierter Schaltanlagen bzw. Schaltanlagenkomponenten sowie die Nutzung von Erfahrungen aus bereits ausgeführten Gleichrichterwerken berücksichtigt. Im Wege einer - zulässigen - Angebotsaufklärung hat die Beschwerdeführerin den für ihr (Neben-)Angebot vorgelegten Bauzeitenplan (Anlage Beig 1 und Beig 2) erläutert. Die Vergabestelle hat dies auch unter Zuhilfenahme externen technischen Sachverständs (Fa. Si. GmbH) akzeptiert.

Die dagegen erhobenen Einwendungen der Beschwerdegegnerin vermögen dies nicht in Frage zu stellen. Soweit sie zur erforderlichen Bauzeit auf eigene - aus einer Baumaßnahme in B. geschöpfte (Anlage ASt 15) - Erfahrungen Bezug nimmt, ist (schon) fraglich, ob diese mit der hier geforderten Baumaßnahme vergleichbar ist (was die Beschwerdeführerin bestreitet [Schriftsatz v. 22.06.2018, S. 15]). Unabhängig davon ist die angebotene Bauzeitverkürzung anhand konkreter technischer Ausführungstechniken (Beton-Fertigteile,

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

vorgefertigte Schaltanlagen, s. o.) nachvollziehbar erläutert worden. Der „Zeitgewinn“ durch kürzere Aushärtzeiten der (nicht aus Fertigteilen, sondern) in Ortbeton herzustellenden Bauteile erscheint im Hinblick auf die – von der Beschwerdeführerin im Einzelnen benannten technischen Baunormen nachvollziehbar. Bei der Betonfestigkeit wird - allgemein - zwischen der sog. Frühfestigkeit, der Ausschallfrist (DIN 1045-3), der 28-Tage-Druckfestigkeit (DIN 1045-2), und der Nacherhärtung unterschieden, wobei die Festigkeitsentwicklung u. a. vom Zementgehalt des Betons und der Temperatur abhängig ist. Nach 28 Tagen wird die sog. Normaldruckfestigkeit zu 100 % erreicht; die Belastbarkeit wird aber u. U. schon nach einer Woche zu 80-90 % erreicht. Die genannten Normen gelten als technische Baubestimmungen. Die Bieter können dem entsprechend in ihrer Bauzeitenplanung auch schon vor Erreichen der Normaldruckfestigkeit weitere Baumaßnahmen vorsehen; ein „starres“ Abwarten der 28-Tages-Frist ist damit entgegen der Annahme der Beschwerdegegnerin zu 2) nicht in jedem Fall geboten.

Der Einwand, infolge der Vergabeverzögerung seien kürzere Aushärtzeiten nicht mehr erreichbar, verfängt nicht, da es nicht auf die kalendarische Bauzeit, sondern auf den angebotenen Umfang der Bauzeitverkürzung ankommt, der ab Zuschlagserteilung zu erbringen ist. Auch wenn dieser Umfang „wetterabhängig“ sein mag, wäre für die Nachprüfung der von der Vergabestelle getroffenen Prognoseentscheidung der Erreichbarkeit der Bauzeitverkürzung auf die Situation z. Zt. der Angebotswertung im April 2018 abzustellen; szt. war die Ausführung von Betonarbeiten im Sommer/Herbst d. J. noch möglich. Anzumerken bleibt, dass die Beschwerdeführerin selbst dann, wenn infolge einer Vergabeverzögerung die Bauausführung erst in der „kalten“ Jahreszeit erfolgen würde, den Ersatz dadurch entstehender Mehrkosten analog § 2 Abs. 5 VOB/B geltend machen könnte (vgl. BGH, Urt. v. 08.03.2012, VII ZR 202/09, NJW 2012, 1436). Für die Vergabeentscheidung ist dies indes nicht relevant.

3.2.2.3 Auch im Hinblick auf die erforderlichen Montagezeiten der (vorgefertigten) Elektroinstallationen greifen die Einwände der Beschwerdegegnerin zu 2) gegen die angebotene Bauzeitverkürzung nicht durch. Soweit sie darauf verweist, dass für die Montage z. T. (bzgl. der 25 kV-Anlage) „auf Dritte“ zurückgegriffen werde, übersieht sie, dass die Beschwerdeführerin dafür die Einbindung mehrerer Nachunternehmer vorgesehen hat (s. Anlage Beig 1). Vor diesem Hintergrund und (auch) im Hinblick auf die räumliche Größe der Baustelle erscheint die Angabe, eine parallele Ausführung der Montagearbeiten durch mehrere Montagefirmen sei möglich, nachvollziehbar.

3.2.3 In der mündlichen Verhandlung hat die Beschwerdegegnerin geltend gemacht, das Angebot der Beschwerdeführerin sei unzulässig „nachverhandelt“ worden, indem sie von der ursprünglich angebotenen Wandaufstellung Abstand genommen und – stattdessen – (doch) einen Revisionsgang hinter den Schaltanlagen angeboten habe.

Es ist schon fraglich, ob Nachverhandlungen im vorliegenden Fall grundsätzlich ausgeschlossen sind. Wenngleich eine nachträgliche Änderung der Nebenangebote der Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen werden kann, begegnen diese in Bezug auf den Aufstellort der Installationsschränke keinen durchgreifenden Bedenken.

3.2.3.1 Die nachträgliche, nach Angebotsabgabe erfolgende Änderung eines Bieterangebots ist nach allgemeinen vergaberechtlichen Regelungen – etwa in § 15 Abs. 5 S. 2 VgV - unzulässig (vgl. EuGH, Urt. v. 10.10.2013, C-336/12 [„Manova“], NZBau 2013, 783/784 [Rn. 13]). Für die – hier maßgebliche – Sektorenverordnung und das danach durchgeführte offene Verfahren ist aber zu berücksichtigen, dass diese kein (ausdrückliches) Nachverhandlungsverbot enthält; aus §§ 51 Abs. 1 und Abs. 2 SektVO ergibt sich dazu keine Aussage. Aus dem Umstand, dass nach § 15 Abs. 4 SektVO im Verhandlungsverfahren nach Abgabe der „Erstangebote“ Verhandlungen mit den Bietern möglich sind, lässt sich deren (vollständige) Unzulässigkeit für

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

das offene Verfahren nicht ableiten. Hier gelten nur die allgemeinen Vorgaben nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB für einen fairen und diskriminierungsfreien Wettbewerb. Diese schließen - jedenfalls - nachträgliche Änderungen eines Angebots aus, die das Wettbewerbsergebnis eines Vergabeverfahrens verfälschen, wie dies - insbesondere - bei wesentlichen Leistungs- oder Preisänderungen der Fall ist (vgl. BKartA, Beschl. v. 14.03.2017, VK 1-15/17, ZfBR 2017, 520 [Ls.; bei Juris Rn. 86]). Anders ist dies hingegen bei Änderungen geringen Umfangs. Im Interesse der Zielsetzung der Sektorenverordnung, den in ihrem Anwendungsbereich betroffenen Auftraggebern eine größere Flexibilität bei ihrer Beschaffungstätigkeit zu ermöglichen, sind – im genannten Rahmen – Nachverhandlungen zulässig, soweit sie sich auf das Wettbewerbsergebnis nicht (mehr) entscheidend auswirken können und der faire und diskriminierungsfreie Wettbewerb nicht gefährdet wird (vgl. Wichmann, in: Eschenbruch/Opitz, SektVO, 2012, § 6 Rn. 26, 30). Das entspricht auch dem in der Vorschrift zur Nachforderung von Preisangaben (§ 51 Abs. 3 S. 2 SektVO) zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken.

3.2.3.2 In tatsächlicher Hinsicht ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in ihrem ursprünglichen (Neben-)Angebot zunächst eine Wandaufstellung der Schränke für die Elektroinstallationen angeboten hatte; das belegt die Beschwerdeführerin selbst, indem sie eine „Korrektur“ der ursprünglich vorgesehenen Wandaufstellung anspricht und vorträgt, die „freie“ Aufstellung der Schränke sei - „wenn auch nachträglich“ - Gegenstand ihrer Nebenangebote geworden (Schriftsatz an die Vergabekammer vom 03.07.2018, S. 4; ebenso: Schriftsatz v. 18.12.2018, S. 3). Das - nach Darstellung der Vergabestelle - „nur zur Klärung eines Verständnisfehlers“ geführte Aufklärungsgespräch am 21.03.2018 ist nicht, wie ursprünglich vorgetragen, auf der Grundlage einer mit den Nebenangeboten abgegebenen Angebotszeichnung der Beschwerdeführerin geführt worden. Vielmehr sind - wie schon in der mündlichen Verhandlung der Vergabekammer zu Protokoll (S. 3) erklärt worden ist - die Zeichnungen zur Schrankaufstellung erst im Rahmen des Gesprächs am 21.03.2018 übergeben worden. Aus der von der Vergabestelle mit Schriftsatz vom 11.12.2018 überreichten Zeichnung ergibt sich nichts Gegenteiliges; ob der (in deren Schriftsatz vom 27.06.2018, S. 2 angesprochene) „Bediengang von 0,65 m und mehr hinter der Schaltanlage“ einer dem Angebot der Beschwerdeführerin beigefügten Zeichnung zu entnehmen war, ist daraus nicht zu entnehmen.

3.2.3.3 Auch wenn insoweit – der Beschwerdegegnerin folgend – von einer nachträglichen, also nach Angebotsabgabe erfolgten Änderung der (Neben-) Angebote der Beschwerdeführerin ausgegangen wird, liegt damit nach den oben (zu 3.2.3.1) genannten Grundsätzen keine unzulässige Nachverhandlung vor.

Im Hinblick darauf, dass die Beschwerdeführerin die Aufstellung der Schaltschränke im Rahmen eines Nebenangebots offeriert hat, stellt sich die Frage einer unzulässigen Abweichung vom Leistungsverzeichnis (S. 88) nicht. Das Gleiche gilt für die Gleichwertigkeit (s. o. 3.2.2.1). Eine „freie“ Aufstellung der Schaltschränke betrifft eine Änderung geringen Umfangs, die keine Auswirkungen auf die technische Funktion oder auf die Sicherheit oder Leistung der Schaltanlagen hat. Indem durch einen „Bediengang“ auch die Möglichkeit eröffnet wird, evtl. Kontrollen oder technische Eingriffe auch von der „Rückseite“ der Schaltschränke aus vorzunehmen, wird deren Verfügbarkeit erhöht, sie kehrt nur zu den ursprünglichen Anforderungen der Ausschreibung zurück. Die Änderung ist technisch ohne weiteres realisierbar und sachgerecht. Wettbewerbsrelevante Auswirkungen, insbesondere auf die (auch) für andere Bieter relevanten Leistungsanforderungen, sind nicht erkennbar; auch für eine gezielte Diskriminierung oder eine unsachliche Manipulation zu Lasten anderer Bieter fehlen Anhaltspunkte. Der Senat folgt insoweit der Argumentation der Beschwerdeführerin (Schriftsatz vom 18.12.2018, S. 3-4), wonach Nachverhandlungen über Nebenangebote im Sektorenbereich jedenfalls in dem Umfang keinen Bedenken begegnen, in dem sie auch im „allgemeinen“ Vergaberecht nach § 15 Abs. 3 VOB/A zulässig sind. Die Änderung (Freiaufstellung) geht hier auf eine – auch der Vergabestelle zunächst nicht bekannte – Anforderung der D. zurück; sie konnte deshalb als eine „unumgängliche“ Änderung angesehen werden, die nur einen (sehr) geringen Umfang hat. Die Entscheidung der Vergabestelle, das in diesem Sinne

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

nachträglich geänderten (Neben-) Angebote der Beschwerdeführerin in der Wertung zu belassen, ist somit nicht zu beanstanden.

3.2.4 Eine Nachprüfung der Umrechnung der Preise in Punkte unterliegt im Hinblick auf die dabei angewandte Methode nicht (mehr) der rechtlichen Nachprüfung, weil insoweit die Präklusion eingreift (s. o. 2.1.2.3). Anzumerken bleibt insoweit, dass die gewählte Umrechnungsmethode nur beanstandet werden könnte, wenn sich gerade ihre Heranziehung im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände als mit dem gesetzlichen Leitbild des Vergabewettbewerbs unvereinbar erwiese (vgl. BGH, Beschl. v. 04.04.2017, X ZB 3/17, NZBau 2017, 366). Ansatzpunkte in dieser Richtung sind weder vorgetragen worden noch ersichtlich. Die Vergabestelle (Schreiben vom 25.04.2018, VV 07147) hat überdies – zutreffend – darauf hingewiesen, dass die hier angewandte Umrechnungsformel nicht etwa zu einer hyperbolischen, sondern zu einer „schlicht verhältnismäßigen“ Relation zwischen Preisen und Punkten führt, so dass sich die Preisabstände der einzelnen Angebote im Verhältnis zum günstigsten Angebot immer im gleichen Verhältnis auf die Punktzahl niederschlagen.

Gegen die konkrete Anwendung des Punktesystems bzw. der Umrechnungsmethode auf die hier relevanten Angebote sind keine Beanstandungen zu erheben. Auch die Beschwerdegegnerin hat solche nicht substantiiert vorgetragen.

3.2.5 Schließlich steht der Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beschwerdeführerin auch nicht entgegen, dass dieses im Verhältnis zur angebotenen Leistung einen ungewöhnlich niedrigen Preis ausweist (§ 54 SektVO). Die Vergabestelle hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass ein „ungewöhnlich niedriger“ Angebotspreis nicht aus der Wertung der angebotenen Bauzeitverkürzung abgeleitet werden kann, da insoweit ein nicht-preisliches Kriterium vorliege. Abgesehen davon hat die Vergabestelle die Realisierbarkeit der Bauzeitverkürzung - wie ausgeführt - hinreichend aufgeklärt.

3.3 Die Vergabestelle hat auch den aus § 8 SektVO folgenden Pflichten zur zeitnahen Dokumentation des Vergabeverfahrens ausreichend entsprochen.

Die dagegen - im Verfahren vor der Vergabekammer vorgebrachten (Schriftsatz vom 22.06.2018, S. 8-9) - Einwände der Beschwerdegegnerin sind unbegründet; sie veranlassen insbesondere nicht zu einer Rückversetzung des Vergabeverfahrens. Eine solche kommt zur Nachholung oder „Heilung“ einer mangelhaften Dokumentation ohnehin nicht in Betracht. Bei Dokumentationslücken müsste vielmehr der nicht dokumentierte Verfahrensschritt oder Vorgang wiederholt und insoweit neu dokumentiert werden (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 11.02.2010, 13 Verg 16/09, a.a.O. [bei Juris Rn. 35 f.]) Dazu besteht vorliegend kein Anlass.

Soweit die Beschwerdegegnerin kritisiert, dass ihre Rügeschreiben „bewusst falsch“ bzw. mit einer nicht durch den Inhalt der Vergabevermerke der Beschwerdegegnerin zu 1) getragenen Begründung beantwortet worden seien, betrifft dies nicht die Vergabedokumentation i. S. d. § 8 SektVO, sondern den Inhalt von einzelnen Schreiben der Vergabestelle an sie. Der Grund, der dafür maßgeblich war, das Angebot der Beschwerdeführerin vom Wertungsrang 2 auf den Wertungsrang 1 zu platzieren, ist der Vergabedokumentation zu entnehmen, und zwar auch hinsichtlich der „Genese“ dieser Änderung. Das ergibt sich - ergänzend zu den Vergabevermerken - deutlich aus dem Vermerken (Aktennotiz) vom 05.04. und vom 09.04.2018, der die Grundlagen zu der (Neu-)Bewertung der Angebotssummen und der Bauzeitverkürzung wiedergibt und hat Eingang in die (neue) Vergabeinformation in der berichtigten Fassung vom 03.05.2018 gefunden. Der Grund für die „Verfahrenskorrektur“ zugunsten der Beschwerdeführerin ist daraus abzulesen.

Der Beschwerdegegnerin kann auch nicht darin gefolgt werden, dass die Gründe der Auftraggeberin für die Vergabeentscheidung in der Vergabedokumentation nicht nachvollziehbar dokumentiert worden seien. Soweit sie sich insoweit auf Mindestanforderungen für Nebenangebote bzw. auf Kriterien für ihre Einbeziehung in die

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

Wertungs- und Zuschlagsentscheidung bezieht, kann sie - auch bzgl. der Dokumentation –keine Nachprüfung beanspruchen, weil diesbezügliche Dokumentationsmängel zwingende Folgefehler der insoweit präkludierten Vergaberügen sind.

Zu verlangen bleibt allenfalls, dass die von der Vergabestelle (letztlich) anerkannten Gründe für eine Realisierbarkeit der angebotenen Bauzeitverkürzung sowie die Gründe für die Wertung der nachträglich geänderten Nebenangebote zu den Schaltschränken (s. o. 3.2.3.2) der Vergabedokumentation zu entnehmen ist. Das ist nur insoweit der Fall, als die Erreichbarkeit der angebotenen Bauzeitverkürzung als plausibel angesehen und wegen der Schaltschränke auf das Ergebnis des Aufklärungsgesprächs vom 21.03.2018 verwiesen wird. Das genügt – noch – den Anforderungen des § 8 SektVO, denn die Vergabestelle hat sich damit auf bestimmte Sachverhalte bzw. Gründe festgelegt, die Gegenstand einer (weiteren) Überprüfung durch die Bieter bzw. durch die Nachprüfungsinstanzen sein können. Soweit die Beschwerdegegnerin eine „Nachvollziehbarkeit“ der genannten Gründe vermisst, ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Vergabedokumentation nur die konkret erfolgten Überlegungen zu der von der Vergabestelle beabsichtigten Vergabeentscheidung abzubilden sind, nicht dagegen - ggf. „nachvollziehbare“ - Erwägungen, die nicht vorhanden waren. Die „Nachvollziehbarkeit“ ist somit für die Erfüllung der Dokumentationspflicht nicht maßgeblich; ob sie gegeben ist oder fehlt, ist ggf. erst im Wege einer vergaberechtlichen Nachprüfung zu entscheiden.

Eine (spezielles) Dokumentationsanfordernis in Bezug auf das Aufklärungsgespräch vom 21.03.2018 ergibt sich auch nicht aus § 51 Abs. 5 SektVO, da es dabei nicht um das Ergebnis einer Nachforderung von Unterlagen ging, sondern um die Klärung eines Angebotsdetails zum Aufstellort der Schaltschränke.

4. Die nach alledem gegebene Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages der Beschwerdegegnerin führt zum Erfolg der Beschwerde und zu der aus dem Tenor ersichtlichen Abänderung des Beschlusses der Vergabekammer.

B. Die Anschlussbeschwerde der Beschwerdegegnerin ist zulässig, aber nicht begründet.

I. Gegen die Zulässigkeit der Anschlussbeschwerde bestehen keine Bedenken. Sie ist insbesondere rechtzeitig erhoben worden, da der Senat in seiner Verfügung vom 31.05.2018 keine Beschwerdeerwiderungsfrist gesetzt hat (vgl. § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO; Beschl. des Senats v. 21.12.2018, 54 Verg 1/18 [zu II.A.2 der Gründe]). Hinzuzufügen ist, dass die Anschlussbeschwerde auch innerhalb der Frist entsprechend § 127 Abs. 2 2. 2 VwGO erhoben worden ist.

Da die Anschlussbeschwerdeführerin vor der Vergabekammer - ihrem Nachprüfungsantrag entsprechend - beantragt hat, die „Wertung der Angebote ... zu wiederholen“, und die Vergabekammer darüber hinausgegangen ist, indem sie der Vergabestelle aufgegeben hat, das „Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen“, ist die Anschlussbeschwerdeführerin insoweit formell und materiell beschwert. Mit dem zur Anschlussbeschwerde angekündigten Antrag zu 2. „verteidigt“ die Anschlussbeschwerdeführerin ihren Anspruch auf eine Wiederholung der Wertung ihres bereits vorliegenden Angebots.

Der hilfsweise gestellte Antrag zu 3. der Anschlussbeschwerdeführerin ist unzulässig. Das Ziel einer „Überarbeitung der Vergabeunterlagen“ sowie der „Einholung neuer Angebote“ kann sie bereits durch ihren auf Zurückweisung der sofortigen Beschwerde gerichteten Antrag zu 1. erreichen. Im Falle einer Beschwerdezurückweisung würde der Beschluss der Vergabekammer vom 06.07.2018 (zu 1. des Tenors) bestandskräftig und die Vergabestelle könnte das Vergabeverfahren - bei fortbestehender Beschaffungsabsicht - nur nach Überarbeitung der Vergabeunterlagen und Einholung neuer Angebote fortsetzen (s. S. 18 der

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019, 54 Verg 3 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.2.2019

Gründe des VK- Beschlusses). Es besteht auch kein Bedarf, der Vergabestelle eine Zuschlagserteilung vor Überarbeitung der Vergabeunterlagen und Einholung neuer Angebote zu untersagen. Ein Zuschlagsverbot ist in Bezug auf die bisher vorliegenden Angebote bereits durch die Information der Vergabestelle über den Nachprüfungsantrag entstanden (§ 169 Abs. 1 GWB). Wollte die Vergabestelle - dessen ungeachtet - ohne Überarbeitung der Vergabeunterlagen und Einholung neuer Angebote eine Zuschlagsentscheidung treffen, wäre sie - zum einen - zu einer vorherigen (erneuten) Bieterinformation in Textform verpflichtet (§ 134 Abs. 1 GWB) und - zum anderen - einer Zuschlagsentscheidung entgegenwirkenden Vollstreckungsanträgen gemäß § 168 Abs. 3 Satz 2 GWB ausgesetzt. Ohne die angesprochene Bieterinformation wäre ein Zuschlag unwirksam (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Unabhängig davon liegen auch keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass die Vergabestelle unter Missachtung des Beschlusses der Vergabekammer einen Zuschlag erteilen wird.

II. Die Anschlussbeschwerde ist unbegründet. Die Beschwerdegegnerin kann eine Wiederholung der Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats nicht beanspruchen.

Die Angebotswertung führt - wie zu A.II ausgeführt - zu einer zu Gunsten der Beschwerdeführerin lautenden Vergabeentscheidung. Im Hinblick auf die Präklusion der Vergabeeinwände der Beschwerdegegnerin kann sie weder im Hinblick auf die unterbliebene Angabe von Mindestanforderungen für Nebenangebote bzw. von Zuschlagskriterien (insbesondere bzgl. des Kriteriums „Bauzeitverkürzung“) noch in Bezug auf die Umrechnung Preise Punkte eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens beanspruchen. Auch unter dem Aspekt von Dokumentationsmängeln ist dies nicht begründet.

C. I. Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer ist nach § 175 Abs. 2 iVm § 78 GWB nach Billigkeit zu entscheiden.

Es entspricht der Billigkeit, der Beschwerdegegnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die Beschwerdegegnerin hat sich sowohl erfolglos gegen die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin verteidigt als auch eine unbegründete Anschlussbeschwerde erhoben.

Da die am Beschwerdeverfahren beteiligte Vergabestelle (AKN) im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt hat, sind ihre Kosten von der Kostenlast der Beschwerdegegnerin auszunehmen. Sie trägt dem entsprechend ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

II. Der Beschluss der Vergabekammer ist - dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens entsprechend - auch hinsichtlich der dortigen Kosten zu ändern. Die Beschwerdegegnerin ist insoweit als Unterlegene kostenpflichtig (§ 182 Nr. 3 GWB). Die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beschwerdeführerin sind von der Kostenentscheidung zu Lasten der Beschwerdegegnerin mit umfasst. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beschwerdeführerin war notwendig (§ 182 Nr. 4 S. 4 GWB i. V. m. § 80 Abs. 2 VwVfG).

Gegen die Gebührenfestsetzung der Vergabekammer werden von der Beschwerdeführerin keine Einwendungen erhoben.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Der Senat geht von dem Bruttoauftragswert aus, der für die Beschwerdeführerin maßgeblich ist; dieser beträgt für beide Lose 8.583.564,00 Euro (s. Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 31.07.2018, S. 2); 5 v. H. davon ergeben den im Tenor festgesetzten Betrag.