

| | |
|----------------------------|---|
| Gericht: | OLG Karlsruhe Vergabesenat |
| Entscheidungsdatum: | 19.02.2020 |
| Aktenzeichen: | 15 Verg 1/20 |
| Dokumenttyp: | Beschluss |
| Quelle: |  |
| Normen: | § 126b BGB, § 133 BGB, § 157 BGB, § 173 Abs 2 GWB |
| Zitiervorschlag: | OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Februar 2020 - 15 Verg 1/20 -, juris |

Tenor

Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde der Antragstellerin wird abgelehnt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb im Zusammenhang mit der Baumaßnahme "Sanierung G." das Fachlos "Fassaden- und Sonnenschutzarbeiten im Supplement zum EU-Amtsblatt vom ... im offenen Verfahren europaweit aus.
- 2 In den Vergabeunterlagen wurden die Bieter aufgefordert, die Angebote elektronisch in Textform abzugeben. Nach den Teilnahmebedingungen für die Vergabe von Bauleistungen waren für das Angebot die von der Vergabestelle vorgegebenen Vordrucke zu verwenden. Beim Formblatt KEV 115.2 (B) Ang EU handelt es sich um das Angebotsschreiben. Dieses ist durch Fettdruck und Schriftgröße hervorgehoben mit "Angebot" überschrieben. Auf Seite eins des Formblatts befindet sich links oben ein Textfeld, das ausweislich Fußnote ¹⁾ beim offenen Verfahren vom Bieter mit dessen Name und Anschrift auszufüllen ist. Ziffer 2 des Formblatts lautet: "*Ich biete/Wir bieten die Ausführung der beschriebenen Leistungen zu den von mir/uns eingesetzten Preisen an. Die Angebotssumme gemäß Leistungsbeschreibung zum Hauptangebot beträgt: [...]*". Sodann war unter Ziffer 2.1 der Endbetrag einschließlich Umsatzsteuer ohne Nachlass sowie der Preisnachlass ohne Bedingungen auf die Abrechnungssumme in Prozent auszufüllen. Ziffer 2.4 lautet: "*An mein/unser Angebot halte ich mich/halten wir uns bis zum Ablauf der Bindefrist gebunden.*" In Ziffer 4 und 5 des Formblatts werden Erklärungsalternativen aufgeführt, die vom Bieter anzukreuzen oder auszufüllen waren. Das Formblatt endet auf Seite vier mit einem Kasten, der folgende Angaben enthält: "*Ort, Datum, Stempel und Unterschrift (bei schriftlichem Angebot)*". Unterhalb dieses Feldes befindet sich folgende durch Fettdruck hervorgehobene Formulierung:
- 3 "*Ist*
- 4 "*- ein schriftliches Angebot nicht an dieser Stelle unterschrieben,*

- 5 - bei einem elektronisch übermittelten Angebot in Textform der Name der natürlichen Person, die die Erklärung abgibt, nicht angegeben oder
- 6 - ein elektronisches Angebot, das signiert werden muss, nicht wie vorgegeben signiert,
- 7 wird das Angebot ausgeschlossen."
- 8 Beim Formblatt KEV 115.2 (B) nahm die Antragstellerin keine Eintragungen vor und trug auch nicht ein, wer das Angebot abgeben hat. Dagegen führten das Deckblatt zum Angebot, das den Hinweis enthält - "ACHTUNG: Dieses Deckblatt wird ausschließlich für die elektronische Angebotsabgabe mittels BIETERCOCKPIT benötigt. Es ersetzt nicht das Angebotsschreiben aus den Vergabeunterlagen." - ebenso wie das Kurzleistungsverzeichnis und das die Eigenerklärungen enthaltende Formblatt die Unterschrift und die Bezeichnung des Geschäftsführers der Antragstellerin auf. In der von der Antragsgegnerin verwendeten E- Vergabeplattform wurde automatisch ein Übergabeprotokoll erzeugt, das unter der Rubrik "Bieterdaten" unter anderem den Firmennamen und die Anschrift der Antragstellerin aufführte. Mit Schreiben vom 18.11.2019 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot auszuschließen sei, weil das Formblatt KEV 115.2 (B) nicht unterschrieben/signiert sei. Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 26.11.2019 den Ausschluss als vergaberechtswidrig und führte zur Begründung aus, dass eine Unterschrift nicht gefordert worden sei und die Antragsgegnerin auch nicht von § 13 EU Abs. 1 Nr. 1, 11 EU Abs. 5 VOB/A Gebrauch gemacht habe. Vielmehr habe sie die Anforderung, wonach der Name der natürlichen Person, die die Erklärung abgegeben habe, erfüllt. Denn diese Angaben müssten nicht verpflichtend in dem auf Seite vier des Angebotsschreibens befindlichen Kasten gemacht werden, sondern könnten sich aus der Gesamtheit der Angebotsunterlagen, die auf die Vergabeplattform hochgeladen worden seien, ergeben. Eine qualifizierte elektronische Signatur habe die Antragsgegnerin gerade nicht verlangt. Die Antragsgegnerin wies die Rüge mit Schreiben vom 27.11.2019 zurück und führte aus, dass nicht ausreichend sei, wenn sich aus der Gesamtheit des Angebots ergebe, wer dieses bearbeitet habe. Am 28.11.2019 reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Baden-Württemberg ein.
- 9 Die Vergabekammer hat durch den angegriffenen Beschluss den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschlossen worden. Beim Formblatt KEV 115.2 (B) handele es sich um das Angebotsschreiben, das dazu diene, eine bindende Erklärung des Bieters über die Angebotsabgabe und den Umfang des Vertrages zu erhalten. Die Antragstellerin habe weder das Textfeld, in dem Angaben zum Bieter verlangt würden, ausgefüllt noch die im Formblatt aufgeführten Ausfüllungen bzw. Ankreuzungen vorgenommen. Ebenso wenig habe sie in dem das Angebotsschreiben abschließenden Kasten den Namen der die Erklärung abgebenden natürlichen Person angegeben. Damit habe die Antragstellerin nicht deutlich und zweifelsfrei zu erkennen gegeben, ob der Inhalt der im Vergabegabeportal hochgeladenen Dateien von ihr stamme und von ihr rechtsverbindlich erklärt werde. Das Formblatt sei Ausfluss des von der Antragsgegnerin aufgestellten Formerfordernisses der Textform gemäß §§ 13 EU Abs. 1 Nr. 1 S. 1, 11 EU Abs. 4 VOB/A, 126 b S. 1 BGB, wonach eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt werde, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden müsse. Die Antragsgegnerin habe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein elektronisch übermitteltes Angebot in Textform, bei dem der Name der natürlichen

Person, die die Erklärung abgegeben habe, fehle, auszuschließen sei. Ob hierin eine Verschärfung des Textformerfordernisses liege, könne dahinstehen, da die Antragstellerin dies jedenfalls nicht innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB gerügt habe, obwohl ein möglicher Verstoß gegen Vergabevorschriften für sie erkennbar gewesen sei. Denn es entspreche der üblichen Sorgfalt eines jeden Bieters, die Vergabeunterlagen sorgfältig zu lesen und auch den Text der einschlägigen Vergabeordnung zur Kenntnis zu nehmen. Eine Auslegung der von der Antragstellerin aufgestellten Anforderungen an die Form des Angebots ergebe, dass der Name der die Erklärung abgebenden Person in dem das Angebotsschreiben abschließenden Kasten auf Seite 4 unten anzugeben sei. Nicht ausreichend sei, wenn sich diese aus der Gesamtheit der Angebotsunterlagen ergebe. Zwar sei der Antragstellerin zuzugeben, dass die Anforderung, wonach die Namensnennung in dem auf Seite 4 befindlichen Kasten erfolgen müsse, nur bei der im ersten Spiegelstrich geregelten schriftlichen Abgabe des Angebots aufgenommen wurde. Da es sich jedoch um einen einheitlichen Satz handele, in dessen erster Variante bereits der Kasten als Ort des jeweils einschlägigen Formerfordernisses vorgegeben sei, ergebe die Auslegung, dass auch die zweite Variante des Formerfordernisses in dem Kasten anzugeben sei. Diese Zweifel würden nicht durch das Submissionsprotokoll ausgeräumt, aus dem allein die Antragstellerin als juristische Person hervorgehe, jedoch nicht die geforderte Zuordnung zu der die Erklärung abgebenden natürlichen Person möglich sei. Die bestehenden Zweifel könnten auch nicht durch das vorgelegte Übertragungsprotokoll ausgeräumt werden, denn dieses werde durch die Vergabeplattform automatisch generiert, so dass es an einer Handlung bzw. Erklärung der Antragstellerin fehle. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem hochgeladenen Deckblatt zum elektronischen Angebot. Dieses wahre zwar die Schriftform, sei jedoch nicht mit der Angebotserklärung gleichzusetzen, denn das Deckblatt enthalte zum einen nicht alle Erklärungen, die ausweislich des Formblatts Vertragsbestandteil werden sollten. Zum anderen habe das Deckblatt ausdrücklich den Hinweis enthalten, dass dieses nicht das Angebotsschreiben ersetze. Gleichermaßen gälte für das hochgeladene Kurzleistungsverzeichnis, das zwar ebenfalls den Geschäftsführer der Beklagten mit Namen und Funktion aufführe. Auch dieses sei jedoch nicht mit der Angebotserklärung gleichzusetzen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung des OLG Naumburg (Beschluss vom 04.10.2019, 7 Verg 3/19). Denn im dortigen Verfahren habe die Bieterin die geforderte Form eingehalten. Auch aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2019 könne die Antragstellerin nichts für sie Günstiges herleiten.

- 10 Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde, mit der sie begeht, die Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und der Antragsgegnerin zu untersagen, ihr Angebot auszuschließen. Weiterhin hat die Antragstellerin beantragt, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde zu verlängern. Die Ansicht, ihr Angebot habe nicht deutlich und zweifelsfrei zu erkennen gegeben, ob der Inhalt der im Vergabeportal hochgeladenen Datei von ihr stamme und von ihr rechtsverbindlich erklärt worden sei, sei unzutreffend. An ihrer Identität habe im gesamten Vergabeverfahren kein Zweifel bestanden. Sie sei auf der Vergabeplattform mit ihren Unternehmensdaten registriert worden und es sei eine eindeutige Zuordnung erfolgt. Sie habe ihr Angebot über das auf der Vergabeplattform zur Verfügung gestellte BIETEROCKPIT abgegeben, bei dem der Bieter die markierten Pflichtfelder ausfülle, das die Angaben zum Bieter, die Angebotssumme, das Datum des Angebotsschreibens und den Namen des Erklärenden verlange. Da sie das Deckblatt sowie die Kurzleistungsbeschreibung mit der Signatur des Geschäftsführers hochgeladen habe, könne an ihrer Identität und der Rechtsverbindlichkeit ihres Angebots kein Zweifel bestehen. Mit Absendung der digitalen Erklärung sei das Angebot

verbindlich. Es sei nicht ersichtlich, dass ihr Angebot nicht ernstlich gewollt sei. Die Form des § 13 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A sei eingehalten, da in den Angebotsunterlagen an mehreren Stellen die Person des Erklärenden genannt werde. Das Angebot sei als Gesamtheit auszulegen und nicht nur anhand einzelner Angebotsbestandteile. Der Umstand, dass in dem Deckblatt darauf hingewiesen werde, dass dieses das Angebotsschreiben nichtersetze, könne zwar bei einer schriftlichen Angebotsabgabe eine Rolle spielen, aber nicht bei der hier vorliegenden elektronischen Vergabe. Das Kästchen auf Seite 4 des Formblatts KEV 115.2 (B) beziehen sich dem Wortlaut nach ausschließlich auf schriftlich eingereichte Angebote, so dass bei in Textform abzugebenden Angeboten eine Eintragung an dieser Stelle nicht verlangt werde. Jedenfalls fehle es an einer klaren und eindeutigen Vorgabe, so dass schon aus diesem Grund ihr Angebot nicht wegen angeblichen Formmangels hätte ausgeschlossen werden dürfen. Zu berücksichtigen sei in diesem Zusammenhang auch, dass das Bundesbauministerium wegen der Probleme solcher Formblätter auf die Angabe des Namens der natürlichen Person gänzlich verzichte. Zudem sei der aufgrund der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2019 eingetretene generelle Paradigmenwechsel zu berücksichtigen, wonach nicht jeder formale Fehler zu dem für den Auftraggeber misslichen Ergebnis führen dürfe, dass ein wirtschaftliches Angebot ausgeschlossen werden müsse. Soweit mit den Anforderungen der Antragsgegnerin die Anforderungen an die Textform nach § 126 b BGB verschärft worden seien, sei dies für sie entgegen der Auffassung der Vergabekammer nicht erkennbar gewesen.

- 11 Die Antragsgegnerin ist dem Antrag, die aufschiebende Wirkung zu verlängern, entgegengetreten. Zu Recht habe sie das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen, weil ein rechtsverbindliches Angebot nicht vorgelegen habe. Denn die Antragstellerin habe das Formblatt KEV 115.2 (B) nicht ausgefüllt. Bereits auf Seite 1 oben würden die geforderten Angaben zur Antragstellerin fehlen; darüber hinaus habe sie nicht den Namen der die Erklärung abgebenden natürlichen Person angegeben, wie dies auf Seite 4 gefordert worden sei. Soweit mit der Beschwerde darauf hingewiesen werde, dass das Bundesministerium des Inneren für Bau und Heimat im Erlass vom 23.07.2019 auf die Angabe des Namens der natürlichen Person verzichte, sei dies für sie als kommunale Auftraggeberin nicht verpflichtend. Darüber hinaus hindere der Erlass ohnehin nicht das Verlangen nach weiteren Anforderungen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2019 sei auf die vorliegende Fallgestaltung nicht anwendbar. Bereits weil die Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg habe, komme eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nicht in Betracht. Zudem bestehe ein erhebliches Interesse, den Auftrag schnellstmöglich zu vergeben, da anderenfalls eine weitere Verzögerung der Baumaßnahme und ein Verlust von Fördermitteln drohe.
- 12 Auch die Beigedadene hat beantragt, den Antrag, die aufschiebende Wirkung zu verlängern, zurückzuweisen.
- 13 Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

- 14 Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde hat keinen Erfolg.
- 15 1) Gemäß § 173 Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB sind bei der Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwer-

de das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers, die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers, den Auftrag zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Abzulehnen ist der Antrag gemäß § 173 Abs. 2 Satz 1 GWB, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen.

- 16 2) Das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Verfahrens über die Auftragsvergabe und das Interesse der Antragsgegnerin, die Baumaßnahmen zügig fortzuführen und den drohenden Verlust von Fördergeldern zu verhindern, überwiegt das Interesse der Antragstellerin, das von ihr eingeleitete Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung abzuschließen. Denn ihre Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer bietet nach der summarischen, derzeit möglichen Prüfung der Sach- und Rechtslage keine hinreichende Aussicht auf Erfolg.
- 17 Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin zu Recht nach §§ 16 EU Abs. 1 Nr. 2, 13 EU Abs. 1 Nr. 1 S. 1, 11 EU Abs. 4 VOB/A 2019 (anwendbar gemäß § 2 VgV i. d. F. v. 18.07.2019) ausgeschlossen, weil es die geforderte Form nicht eingehalten hat.
- 18 a) Die Antragstellerin hat die Abgabe der Angebote in Textform vorgeschrieben.
- 19 Die in § 11 EU Abs. 4 VOB/A 2019 vorgesehene Textform im Sinne von § 126 b BGB verlangt, dass die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben wird. Dabei muss die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden (Einsele in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 126 b Rn. 8). Hierdurch soll - insoweit ähnlich wie die Unterschrift bei der Schriftform - das Ende der Erklärung kenntlich gemacht und damit das Stadium des Entwurfs von dem der rechtlichen Bindung abgegrenzt werden. Die Kenntlichmachung des Abschlusses der Erklärung kann auf verschiedene Weise erfolgen, etwa durch die Nennung des Namens am Textende, ein Faksimile, eine eingescannte Unterschrift, den Zusatz "diese Erklärung ist nicht unterschrieben", aber auch durch eine Datierung oder eine Grußformel (Einsele, a.a.O., § 126 b Rn. 8; BeckOGK/Primaczenko/Frohn, 15.11.2018, BGB, § 126 b Rn. 23, 24). Der Formzwang soll Klarheit über den Inhalt und die Verbindlichkeit gewährleisten.
- 20 b) Im Angebot der Antragstellerin wird die Person des Erklärenden nicht genannt und der Abschluss der Erklärung nicht kenntlich gemacht. Denn die Antragstellerin hat das Angebotsformular unausgefüllt auf die Vergabeplattform hochgeladen. Nach dem Willen der Antragsgegnerin handelt es sich bei dem Angebotsformular um die maßgebliche Erklärung, aus der sich ergibt, dass das Angebot eindeutig und nachprüfbar dem Bieter zuzuordnen ist und der Bieter den gesamten Angebotsinhalt rechtsverbindlich erklären wollte (vgl. Portner in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 13 VOB/A Stand 13.08.2019 Rn. 29). Das von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellte Angebotsschreiben diente gerade dazu, den Inhalt des aus mehreren Angebotsteilen bestehenden Angebots als verbindlich zu erklären. Dass dem Angebotsschreiben diese die Verbindlichkeit bestätigende Wirkung nach dem Willen der Antragsgegnerin zukommen sollte, lässt sich daraus entnehmen, dass sie auf Seite 4 des Formblattes ausdrücklich darauf hingewiesen hat, ein elektronisch übermitteltes Angebot in Textform, bei dem der

Name der natürlichen Person, die die Erklärung abgibt, nicht angegeben ist, werde ausgeschlossen.

- 21 c) Soweit das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 13.04.2016, VII-Verg 52/15 - juris) entschieden hat, dass auch in Fällen, in denen etwa eine elektronische Signatur zwar in der verlangten Form, aber nicht auf dem dafür von dem Auftraggeber vorgegebenen elektronischen Formblatt, sondern an anderer Stelle im Angebot zu finden ist, dies nicht zwangsläufig zum Ausschluss führen müsse, sondern zu prüfen sei, ob die falsche Platzierung durchgreifende Zweifel daran begründe, ob das Angebot eindeutig und nachprüfbar einem bestimmten Bieter zuzuordnen sei und ob dieser Bieter den gesamten Angebotsinhalt rechtsverbindlich erklären wolle, ist bereits fraglich, ob diese Rechtsprechung auf den Fall übertragbar ist, dass die aus Sicht des Auftraggebers maßgebliche Erklärung zum Angebot fehlt.
- 22 Zweifel bestehen schon deshalb, weil sich in einem solchen Fall die grundsätzlich auch im Vergaberecht nach §§ 133, 157 BGB mögliche Auslegung von Erklärungen schon deshalb verbieten könnte, weil es an einer auslegungsfähigen Erklärung der Antragstellerin fehlt. Denn sie hat das Angebotsschreiben unausgefüllt und damit ohne eigene Erklärungen eingereicht. Anders als im vom Oberlandesgericht Düsseldorf entschiedenen Fall hat die Antragstellerin zwar Angebotsteile, etwa das Kurzleistungsverzeichnis in der von der Antragsgegnerin vorgegebenen Form ausgefüllt und den Erklärenden, dessen Name und Funktion angegeben.
- 23 Allerdings befindet sich in den eingereichten Angebotsunterlagen keine dem von der Antragsgegnerin vorgegebenen Angebotsvordruck vergleichbare, das gesamte Angebot der Antragstellerin umfassende entsprechende Erklärung. Diese Funktion erfüllt auch das Deckblatt nicht, das nur Angaben zum Bieter, die Angebotssumme, das Datum des Angebotsschreibens und den Namen des Erklärenden, nicht jedoch den gesamten Angebotsinhalt, wie er in dem Angebotsanschreiben erfasst ist, und eine Erklärung, wonach der Bieter den gesamten Angebotsinhalt rechtsverbindlich erklärt, enthält. Zudem hat die Antragsgegnerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die dortigen Angaben die Angaben im Angebot nicht ersetzen. Ebenso wenig ist eine eindeutige Zuordnung damit verbunden, dass die Antragstellerin die Daten über das von der Vergabeplattform zur Verfügung gestellte BIETERCOCKPIT hochgeladen hat und eine Veränderung der Daten nach dem Hochladen nicht mehr möglich ist. Diese Maßnahmen dienen der Integrität der Daten und der Gewährleistung der Vertraulichkeit der Angebote ebenso wie der Vermeidung von Manipulationen und dem Schutz von Betriebsgeheimnissen. Hierdurch wird jedoch nicht sichergestellt, dass der Bieter zweifelsfrei und deutlich zu erkennen gibt, dass der gesamte Angebotsinhalt einschließlich sämtlicher beigefügten Erklärungen von ihm stammen und rechtsverbindlich erklärt werden. Diese Funktion erfüllt vorliegend allein das Angebotsschreiben, da eine vergleichbare umfassende Erklärung der Antragstellerin nicht mit den Angebotsunterlagen eingereicht wurde.
- 24 d) Für die Entscheidung des Falles unerheblich ist, ob sich aus den Vergabeunterlagen und der Gestaltung des Angebotsschreibens zwingend ergibt, dass bei einer Angebotsabgabe in Textform der Name der natürlichen Person in dem Kasten auf Seite 4 aufgeführt werden muss. Dies muss schon deshalb nicht entschieden werden, weil die natürliche Person, die die Erklärung abgibt, an keiner Stelle des Angebotsschreibens aufgeführt ist. Allerdings verlangt bereits die Einhaltung der Textform nach § 126 b BGB, wonach das Ende der Erklärung kenntlich zu machen und damit das Stadium des Entwurfs

von der rechtlichen Bindung abzugrenzen ist, dass am Ende der Erklärung eine entsprechende Kennzeichnung erfolgen muss.

- 25 e) Unerheblich ist, ob die Antragsgegnerin dadurch, dass sie die Art der Kennzeichnung nicht den Bieter überließ, sondern die Angabe des Namens verlangte, eine nicht nach §§ 13 EU Abs. 1 Nr. 1 S. 1, 11 EU Abs. 4. VOB/A 2019 vorgesehene Verschärfung des Schriftformerfordernis vornahm, weil eine entsprechende Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert wäre. Die Antragstellerin hätte den Verstoß bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe rügen müssen. Die Rügepräklusion hat nämlich zur Folge, dass der zu spät beanstandete Vergabevorgang im Verhältnis zu dem Bieter, der seiner Rügeobliegenheit nicht nachgekommen ist, als vergaberechtskonform behandelt wird (OLG Koblenz, Beschluss vom 03.04.2008, 1 Verg 1/08 - juris Rn. 28).
- 26 Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist ein Bieter mit einem Nachprüfungsantrag ausgeschlossen, wenn er Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat. Die Antragstellerin rügte den angeblichen Verstoß aber erst nach Angebotsabgabe.
- 27 Dass das Verlangen nach dem Namen des Erklärenden möglicherweise nicht vergaberechtskonform sein könnte, ist jedoch aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen.
- 28 Erkennbar ist ein Vergaberechtsverstoß, wenn sich die zugrunde liegenden Tatsachen aus den Vergabeunterlagen ergeben und von einem Bieter der Verstoß gegen Bestimmungen des Vergabeverfahrens erkannt werden kann. Erkannt werden können muss der Verstoß nicht lediglich in tatsächlicher Hinsicht, sondern auch in rechtlicher Hinsicht. Maßstab ist, ob ein durchschnittlicher Bieter, der sich nicht zum ersten Mal an einer Ausschreibung beteiligt, sondern schon über gewisse Erfahrung in Vergabeverfahren verfügt, bei Anwendung der üblichen Sorgfalt und unter Zugrundelegung der üblichen Kenntnis den Rechtsverstoß sehen kann und muss (vgl. EuGH, Urteil v. 23.03.2015 - C-538/13; Hofmann in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, § 160 Rn. 72). Vertiefte vergaberechtliche Kenntnisse dürfen nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden; es besteht auch regelmäßig keine Verpflichtung, die Rechtmäßigkeit durch einen Vergaberechtsfachmann überprüfen zu lassen. Ein Unternehmer, der an einem EU-weiten Vergabeverfahren teilnimmt, muss aber zumindest den Text der einschlägigen Verfahrensordnungen zur Kenntnis nehmen; Ungereimtheiten oder Widersprüchlichkeiten der Vergabeunterlagen muss er nachgehen, auch wenn er die genaue Rechtslage nicht kennt (vgl. Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 160 GWB Rn. 277).
- 29 Um zu erkennen, dass das Verlangen nach dem Namen des Erklärenden über den Gesetzes- bzw. Verordnungstext hinausgeht, bedurfte es vertiefter vergaberechtlicher Kenntnisse nicht. Die Voraussetzungen der Textform beschreibt § 126 b BGB eindeutig. Verlangt wird danach lediglich eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, die auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird.
- 30 f) Zwar darf ein Angebot nur ausgeschlossen werden, wenn die Vergabeunterlagen so eindeutig formuliert sind, dass der Bieter diesen entnehmen kann, welche Erklärungen von ihm abzugeben sind (st. Rspr. vgl. etwa: BGH, Urteil vom 03.04.2012, X ZR 130/10 - juris).

- 31 Unklarheiten bestanden insoweit nicht. Aus dem Angebotsformular ergab sich mit hinreichender Deutlichkeit, dass der Name des Erklärenden die Erklärung bei einem in Textform abzugebenden Angebot abschließen muss. Zwar wurde bei der Fallvariante des elektronisch übermittelten Angebots (2. Spiegelstrich) anders als bei der ersten Fallvariante (schriftliches Angebot) nicht ausdrücklich formuliert, dass die Angaben in dem oberhalb des Textes stehenden Kasten erwartet wird. Allerdings ergibt sich dies, wie schon ausgeführt wurde, bereits aus der bei Anordnung der Textform sich aus dem Gesetz ergebenden Abschlussfunktion. Hinzu kommt, dass die Antragstellerin das Angebotsschreiben nicht in dieser Hinsicht missverstanden hat und sich eine entsprechende Erklärung an einer anderen Stelle des Formulars befinden würde. Vielmehr ist der Namen des Erklärenden in dem Angebotsschreiben überhaupt nicht aufgeführt.
- 32 Die Anforderungen an die Textform sind auch nicht deshalb unklar, weil die Antragsgegnerin nicht dem Erlass des Bundesministeriums des Inneren für Bau und Heimat vom 23.07.2019, auf die Angabe des Namens der natürlichen Person zu verzichten, um Problemen vorzubeugen, die sich daraus ergäben, dass für die schriftliche Angebotsabgabe konzipierte Formblätter auch für die elektronische Angebotsabgabe verwendet würden, gefolgt ist. Denn die Antragsgegnerin hat durch die drucktechnisch hervorgehobenen Hinweise unterhalb des Kastens auf Seite 4 des Formblatts KEV 115.2 (B) hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, dass das Angebotsschreiben mit der Nennung des Namens des Erklärenden abzuschließen ist.
- 33 g) Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin war nicht deshalb vergaberechtswidrig, weil die Antragsgegnerin nicht ein (ordnungsgemäß) ausgefülltes Formblatt KEV 115.2 (B) nachgefordert hat.
- 34 Wie sich aus dem eindeutigen Wortlaut von § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2019 ergibt, kommt insoweit ein Nachfordern in den Fällen, in denen die vorgeschriebene Form nicht eingehalten wurde, nicht in Betracht. (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.09.2018, Verg 32/18 - juris Rn. 21 zu §§ 53, 57 VgV).
- 35 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2019 (Urteil vom 18.06.2019, X ZR 86/17 - juris). Soweit der Bundesgerichtshof ausführt, aufgrund des Inkrafttretens der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen 2009 am 11. Juni 2010 (vgl. Einführungserlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 10. Juni 2010 - B 15 - 8163.6/1) sei die gesetzliche Grundlage für die zu älteren Ausgaben der Vergabe- und Vertragsordnungen ergangene, vom Gedanken formaler Ordnung geprägte strenge Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs namentlich zur Handhabung der Angebotsausschlussgründe entfallen (BGH, Urteil vom 18.06.2019, a.a.O., Rn. 23), betrifft dies in Vergabeverfahren für Bauleistungen das Fehlen von Erklärungen oder eines Preises in einer einzelnen unwesentlichen Position (vgl. BGH, Urteil vom 19.06.2018, X ZR 100/16 - juris Rn. 11). Ist dagegen der Kernbestandteil des Angebots selbst betroffen, scheidet ein Nachfordern aus (vgl. von Wietersheim in Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Aufl., § 16 a VOB/A Rn. 2).