

Gericht:	OLG Rostock Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	14.12.2022
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	17 Verg 3/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGROST:2022:1214.17VERG3.22.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Norm:	§ 173 Abs 2 GWB
Zitiervorschlag:	OLG Rostock, Beschluss vom 14. Dezember 2022 - 17 Verg 3/22 -, juris

Leitsatz

1. Im Rahmen der Abwägung nach § 173 Abs. 2 GWB haben die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde entscheidendes Gewicht.
2. Der durch ein Vergabenachprüfungs- und anschließendes Beschwerdeverfahren üblicherweise eintretende Zeitverlust rechtfertigt regelmäßig kein besonderes Eilbedürfnis für den Abschluss der Beschaffung.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern, 3. November 2022, 2 VK 1/22, Beschluss
 nachgehend OLG Rostock Vergabesenat, 1. Februar 2023, 17 Verg 3/22, Beschluss
 Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Festhaltung OLG Rostock Vergabesenat, 1. September 2022, 17 Verg 2/22
 Vergleiche Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht Vergabesenat, 4. Februar 2022, 54 Verg 9/21
 Festhaltung OLG Rostock Vergabesenat, 1. November 2021, 17 Verg 8/21
 Festhaltung OLG Rostock, 16. September 2021, 17 Verg 6/21
 Festhaltung OLG Rostock Vergabesenat, 21. Januar 2019, 17 Verg 8/18

Tenor

Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde vom 18.11.2022 gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern vom 03.11.2022, Aktenzeichen 2 VK 1/22, wird gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängert.

Gründe

1. Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde ist zulässig.
2. Dabei kann der Senat letztlich offen lassen, ob ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB dann und solange nicht besteht, wie sich das Vergabeverfahren in einem Stadium befindet, in welchem es nicht oder zumindest auf absehbare Zeit nicht zu einem wirksamen Zuschlag kommen kann, insbesondere weil eine Vorabinformation noch nicht erfolgt ist. Denn hier kann die Antragstellerin bereits nicht

sicher sein, von der Antragsgegnerin überhaupt noch eine Vorabinformation zu erhalten, weil jedenfalls in der vergaberechtlichen Kommentarliteratur die Auffassung vertreten wird, bereits die Feststellung der Rechtmäßigkeit des Ausschlusses durch die Vergabekammer lasse die Informationspflicht nach § 134 GWB entfallen (vgl. MüKoEuWettbR/Fett, 4. Aufl. 2022, GWB § 134 Rn. 22).

- 3 2. Der Antrag hat auch in der Sache Erfolg.
- 4 a. Nach § 173 Abs. 2 GWB wird der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen, 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; bei der Abwägung sind unter anderem das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers, die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die Aussichten des Antragstellers auf Erhalt des Auftrags und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Außerdem kommt dem unionsrechtlichen Gebot eines effektiven Rechtsschutzes bei der Auslegung Bedeutung zu. Die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde haben daher entscheidendes Gewicht, sodass nur ausnahmsweise Gründe des Allgemeinwohls überwiegen können. Hat die sofortige Beschwerde bei summarischer Prüfung hohe Erfolgsaussichten, wird dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung in der Regel stattzugeben sein; hat sie dagegen nur geringe Erfolgsaussichten, ist ein schutzwürdiges Interesse an der Verlängerung in der Regel nicht anzunehmen (Senat, Beschlüsse vom 21.01.2019, Az.: 17 Verg 8/18, Rn. 15, und vom 01.09.2022, Az.: 17 Verg 2/22, Rn. 58; OLG Schleswig, Beschluss vom 04.02.2022, Az.: 54 Verg 9/21, Rn. 33 - jeweils zitiert nach juris).
- 5 b. Gemessen an den o.g. Anforderungen steht bei summarischer Prüfung nicht fest, dass die sofortige Beschwerde der Antragstellerin keine oder nur geringe Aussicht auf Erfolg hat, sodass ein Interesse an einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung besteht. Der Verlängerung steht auch kein überwiegendes Interesse der Antragsgegnerin an einem zügigen Abschluss des Vergabeverfahrens entgegen.
- 6 aa. Die Vergabekammer ist zu Recht von der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ausgegangen. Insbesondere hat die Antragstellerin Interesse am Auftrag und droht ihr durch Verletzung bieterschützender Vorschriften ein Schaden, wenn der Ausschluss - wie von ihr geltend gemacht - rechtswidrig erfolgte (§ 160 Abs. 2 GWB). Auch hat die Antragstellerin rechtzeitig die Vergaberechtswidrigkeit des Ausschlusses gerügt und Nachprüfung beantragt (§ 160 Abs. 3 GWB).
- 7 bb. In der Sache begegnet der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin jedenfalls derzeit Bedenken.
- 8 (1) Zunächst ist festzuhalten, dass ein wirksames Angebot der Antragstellerin im Rechtsinne vorliegen dürfte. Das Fehlen des ausgefüllten „Kapitel V. Angebotsschreiben“ ist nicht ohne Weiteres mit dem gänzlichen Fehlen eines Angebots gleichzusetzen (vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.10.2014, Az.: Verg 14/14, zitiert nach juris, Rn. 16). Ob eine rechtsverbindliche Erklärung vorliegt, ist vielmehr nach den §§ 133, 157 BGB nach dem Horizont einer verständigen Vergabestelle zu beurteilen. Am Rechtsbindungswillen der Antragstellerin und am konkreten Inhalt ihrer Erklärungen dürften hier aber angesichts des Bezugs auf die Ausschreibung und der gemeinsamen Einreichung der Unterlagen Zweifel nicht bestehen. Zwar lässt der Wortlaut der Erklärung der Antrag-

stellerin, im Fall des Zuschlags zum Abschluss eines Vertrags bereit zu sein, auch die Deutung als bloße Vorerklärung zu. Ein Vorbehalt würde dem Angebot allerdings jeglichen Sinn nehmen. Vom Wortlaut her kann die Erklärung auch als Bereitschaft verstanden werden, an eventuell erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen mitzuwirken. Für eine Verbindlichkeit sprechen auch die weiteren beigefügten Unterlagen, so dass durch ein schlichtes „ja“ als Annahmeerklärung der Antragsgegnerin - den Zuschlag - nicht lediglich eine weitere Verhandlung eingeleitet, sondern ein Vertrag zustandekommen würde.

- 9 Enthalten die Erklärungen ein verbindliches Angebot, ist dieses nicht formnichtig. Die Vorgaben, das Angebotsschreiben nach Kapitel V zu verwenden (so in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots und in Kapitel I Ziffer 7 der Bewerbungsbedingungen) und „mit dem Angebot“ einzureichen (so auch Kapitel I Ziffern 5 und 7 der Bewerbungsbedingungen) und eine Unterschrift zu leisten, besagen mit hinreichender Deutlichkeit lediglich, dass diese Teil der einzureichenden Angebotsunterlagen sind (zur Auslegung von Vergabeunterlagen siehe nur *Senat*, Beschluss vom 01.09.2022, Az.: 17 Verg 2/22). Es macht ein Angebot ohne dieses Formblatt und Unterschrift aber nicht unwirksam. Insbesondere handelt es sich weder um eine gesetzliche noch um eine vertraglich vereinbarte - nicht nur einseitige - Formanforderung im Sinn des § 125 BGB, die eine Nichtigkeit der Erklärung begründen könnte.
- 10 (2) Wegen vermeintlich fehlender Unterschrift kann das Angebot der Antragstellerin auch nicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV ausgeschlossen werden. Dabei kann offenbleiben, ob im Rahmen der elektronischen Vergabe die Formanforderung eines Auftraggebers, Dokumente seien mit einer Unterschrift zu versehen, überhaupt mit dem Vergaberecht vereinbar ist (gegen Formerfordernisse ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.07.2020, Az.: Verg 6/20, zitiert nach *juris*, Rn. 57) und ob im Fall der Vergaberechtswidrigkeit eine solche Anforderung dennoch Geltung beansprucht, wenn sie nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt wird. Denn es dürfte bereits an der unmissverständlichen Forderung einer Unterschrift fehlen, jedenfalls aber einer Unterschrift gerade auf dem „Kapitel V. Angebotsschreiben“.
- 11 Zwar ist am Ende des Formblatts - ebenso wie auf dem Leistungsverzeichnis - ausgeführt, „das Angebot“ sei zu unterschreiben. Angesichts des Standorts dieses Hinweises erscheint auch durchaus naheliegend, das Unterschriftserfordernis beziehe sich auf das Formblatt selbst. Nachdem aber formuliert ist, die Vergabestelle weise „noch einmal“ - also im Sinn einer Wiederholung einer vermeintlich andernorts gestellten Anforderung - darauf hin und „das Angebot“ - das nach den obigen Ausführungen mit dem Formblatt nicht gleichzusetzen ist - sei zu unterschreiben, und nach dem offensichtlichen Zweck, zusätzliche Verbindlichkeit zu suggerieren, verbleiben Unsicherheiten, ob eine das Angebot betreffende verbindliche Unterschrift außerhalb des Formblatts nicht auch genügen kann. Eine solche Unterschrift leistete der Vertreter der Antragstellerin auf dem Leistungsverzeichnis. Zudem sind die Angebotsunterlagen einschließlich des von der Antragstellerin selbst erstellten Angebotsschreibens insgesamt elektronisch signiert, was nach Maßgabe des § 126 Abs. 3 BGB eine Unterschrift ersetzen kann. Dass hiervon abgewichen sein soll, wird nicht deutlich. Unklarheiten gehen zulasten der Antragsgegnerin. Unabhängig davon ergeben sich Unklarheiten, ob trotz Signatur überhaupt eine Unterschrift erforderlich sein soll, spätestens aus der Antwort auf die Bieterfrage 4 und der Ergänzung zur Bieterinformation vom 01.08.2022.
- 12 (3) Die Folgen des Fehlens des Formblatts richten sich allein nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV. Danach dürfte ein Ausschluss des Angebots wegen Unvollständigkeit jedenfalls derzeit

nicht in Betracht kommen. Zwar mag ein Auftraggeber in gewissen Grenzen berechtigt sein, zur Vereinfachung der eigenen Verfahrensabläufe bei Prüfung auf Vollständigkeit und Übereinstimmung mit der Ausschreibung und zur Reduzierung von Risiken durch übersehene Abweichungen Vorgaben zu machen und hierzu bestimmte Vollständigkeits- und Gleichwertigkeitserklärungen zu verlangen. Das ist hier mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots erfolgt, indem dort bereits angegeben ist, Angebote seien „unter Verwendung des Angebotsschreibens (Kapitel V. der Vergabeunterlagen)“ zu übermitteln. Unklarheiten enthält diese Anforderung nicht, sie ergeben sich auch nicht aus den weiteren Vergabeunterlagen. Der Ausschluss eines unvollständigen Angebots kann aber erst erfolgen, wenn feststeht, dass eine Vervollständigung nicht (mehr) möglich ist. Das ist hier nicht der Fall.

- 13 Liegt bereits ohne „Kapitel V. Angebotsschreiben“ ein wirksames Angebot vor (siehe oben), stellt das Schreiben lediglich eine fehlende Unterlage dar. Fehlende Unterlagen können aber nach § 56 Abs. 2 VgV vom Auftraggeber nachgefordert werden. Von ihrem Ermessen hat die Antragsgegnerin bislang keinen Gebrauch gemacht, sondern ist davon ausgegangen, das Schreiben könne nicht nachgefordert werden und der Ausschluss sei deshalb zwingend. Die Nachforderung dürfte aber weder nach § 56 Abs. 2 Satz 2 VgV noch nach § 56 Abs. 3 VgV ausgeschlossen sein.
- 14 Nach § 56 Abs. 2 Satz 2 VgV kann ein Auftraggeber sein Ermessen bereits mit der Ausschreibung dahin ausüben, keine Nachforderungen vorzunehmen. Das hat die Antragsgegnerin indes nicht getan. Formulierungen wie: „mit dem Angebot einzureichen“ genügen hierfür nicht (eingehend *Senat*, Beschluss vom 06.02.2019, Az.: 17 Verg 6/18, zitiert nach *juris*, Rn. 50). Das gilt in gleicher Weise für die von der Antragsgegnerin verwendeten Formulierungen: „unter Verwendung des Angebotsschreibens“, „mit dem Angebot einzureichen“ und „Für das Angebot ist das ... Angebotsschreiben zu verwenden“.
- 15 Nach § 56 Abs. 3 VgV ist die Nachforderung leistungsbezogener Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ausgeschlossen.
- 16 Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, soweit das Angebotsschreiben - insbesondere in Ziffern 6 und 8 bis 11 - Eignungsanforderungen betrifft. Eignungsanforderungen sind unternehmens- und nicht leistungsbezogen. Im Übrigen kann das Fehlen dieser Erklärungen einen Ausschluss schon deshalb nicht rechtfertigen, weil diese Eignungsanforderungen entgegen § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB nicht in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt und deshalb nicht wirksam gestellt sind. Nicht wirksam gestellte Anforderungen finden keine Anwendung, ohne dass es einer Rüge bedürfte. Kommt ein Ausschluss als ungeeignet danach nicht in Betracht, kann das Fehlen des Schreibens hinsichtlich dieser Punkte nicht indirekt doch zu einem Ausschluss führen.
- 17 Die Kenntnisnahme von Belehrungen - etwa Ziffer 12 - und die Erfüllung von Obliegenheiten im eigenen Interesse - etwa Ziffer 17 a bis f - betreffen per se nicht die Wirtschaftlichkeitsbewertung der angebotenen Leistung und werden von § 56 Abs. 3 VgV nicht erfasst.
- 18 Weitere Teile des Angebotsschreibens sind zwar leistungsbezogen und zum Teil auch grundsätzlich für die Wirtschaftlichkeitsbewertung relevant. Allerdings gelten die dort geforderten Erklärungen bereits kraft Gesetzes (etwa Ziffer 13) beziehungsweise lassen sie sich ausdrücklich oder im Weg der Auslegung den bis zum Ablauf der Angebots-

frist eingereichten Dokumenten entnehmen (etwa Ziffern 1, 2, 4, 5, 7, 14, 16, 18, 19), so dass eine Nachreicherung die Wirtschaftlichkeitsbewertung nicht berührt und ein unrechtfertigter Wettbewerbsvorteil nicht droht. Dass bei Ablauf der Angebotsfrist dem Inhalt nach zwingende Erklärungen für die Wirtschaftlichkeitsbewertung fehlten, vermag der Senat nicht zu erkennen.

19 (4) Schließlich lässt sich nicht ersehen, das Angebot enthalte nicht nur behebbare formale (Fehlen des Formblatts), sondern inhaltliche Abweichungen von den Vergabeunterlagen im Sinn des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV.

20 cc. Berechtigte Interessen der Antragsgegnerin stehen der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde letztlich nicht entgegen. Der durch ein Vergabenachprüfungs- und anschließendes Beschwerdeverfahren an sich üblicherweise eintrtende Zeitverlust rechtfertigt regelmäßig kein besonderes Eilbedürfnis für den Abschluss der Beschaffung (vgl. auch Senat, Beschlüsse vom 16.09.2021, Az.: 17 Verg 6/21, Rn. 15 ff., und vom 01.11.2021, Az.: 17 Verg 8/21, Rn. 6, jeweils zitiert nach juris, zu §§ 169 Abs. 1 Satz 6, 176 Abs. 1 Satz 1 GWB). Auch jenseits des gemeinhin jedem öffentlichen Auftrag zumindest dem Grunde nach innewohnenden Allgemeininteresses an seiner möglichst zeitnahen Erteilung sind ansonsten keine substantiellen und in der gebotenen Abwägung überwiegenden Gründe - trotz des sehr pauschalen Vortrags der Antragsgegnerin zur Wahrnehmung der Aufgabe der Schmutzwasserbeseitigung - ersichtlich, die als so gravierend angesehen werden müssten, dass der mit einer Zuschlagsfreigabe verbundene Verlust des Primärrechtsschutzes des übergangenen Bieters hinzunehmen wäre; der Antragsgegnerin bliebe es nicht zuletzt unbenommen, den hier angenommenen Vergaberechtsverstoß noch vor einer Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu beheben und so zu einem schnelleren Abschluss des Ausschreibungsverfahrens zu gelangen.