

OLG Düsseldorf

Beschluss

vom 05.10.2016

Verg 24/16

GWB a.F. § 101a Abs. 1; GWB n.F. § 134; VOB/A 2012 §§ 15 EG, 16 EG

1. Übersendet ein Bieter zu einem von ihm angebotenen Produkt im Rahmen der Aufklärung ein Datenblatt, das detaillierte Angaben zu den im Leistungsverzeichnis abgefragten Parametern enthält, erklärt der Bieter damit, dass sein angebotenes Produkt sämtliche in diesem Datenblatt aufgeführten Eigenschaften hat. Weichen technische Parameter des Datenblatts von geforderten Parametern des Leistungsverzeichnisses ab, führt dies zum zwingenden Angebotsausschluss.

2. Eine verbindliche Zusage des Auftraggebers nach Erhalt einer Rüge, dass er den Zuschlag erst später als zu dem im Bieterinformationsschreiben mitgeteilten frühesten Zuschlagstermin erteilen werde, führt nicht automatisch zur Unwirksamkeit eines entgegen dieser Zusage doch erteilten Zuschlags.

3. Die 10-tägige Wartefrist nach § 101a Abs. 1 GWB a.F. wird nicht wirksam in Lauf gesetzt, wenn die Frist so über (Oster-)Feiertage und Wochenenden gelegt wird, dass einem Bieter für die Entscheidung über eine Nachprüfungsantrag praktisch nur vier bis fünf Tage verbleiben.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.10.2016 - Verg 24/16

In dem Vergabenaachprüfungsverfahren

(...)

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 14.09.2016 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht xxx, die Richterin am Oberlandesgericht xxx und den Richter am Oberlandesgericht xxx

beschlossen:

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird unter Zurückweisung der Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin der Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 20.05.2016 (VK 1-24/16) aufgehoben.

2. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im Vergabeverfahren "xxx Forum, Sicherheitstechnik" (EU-Bekanntmachungs-Nr. 2015/S 242436725) den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

3. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer werden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen als Gesamtschuldern auferlegt. Die der Antragstellerin in diesem Verfahren entstandenen Aufwendungen haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene je zur Hälfte zu tragen. Die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter im Verfahren vor der Vergabekammer ist für die Antragstellerin notwendig gewesen.

4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen je zur Hälfte auferlegt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin ließ für das Neuerrichten des xxx Forum, von der Vergabestelle durch EU-weite Bekanntmachung im Dezember 2015 die Sicherheitstechnik nebst Wartung im offenen Verfahren ausschreiben. Es soll unter anderem ein xxx-Überwachungssystem mit 3.500 sog. aktiven Siegelbausteinen installiert werden, das (batteriebetrieben) unzulässige Bewegungen von Ausstellungsobjekten aufzeichnen und weitermelden soll. Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Das Leistungsverzeichnis gab unter Ordnungsziffern 7.3.100 bestimmte Anforderungen an die sog. Siegelbausteine vor (unter anderem:

- "Drahtlose Kommunikation 2.45 GHz" sowie
- "Arbeits- und Lagertemperatur -40° C bis +70° Celsius"

Es gingen mehrere Angebote ein, unter anderem die der Antragstellerin und der Beigeladenen. Die Beigeladene benannte in dem von ihr ausgefüllten Kurz-Leistungsverzeichnis unter Ordnungsziffern 7.3.100 - wie im Leistungsverzeichnis gefordert - als Fabrikat xxx und als Typ xxx. Die Antragstellerin bot xxx an. Das Angebot der Beigeladenen lag preislich an erster Stelle; danach folgte - mit einem Abstand von rund 30% - das Angebot der Antragstellerin.

Im Rahmen einer mündlichen Aufklärung über das Angebot bat die Vergabestelle die Beigeladene um Angabe technischer Daten zu den Positionen 7.3 des Leistungsverzeichnisses (insbesondere um übersenden von Datenblättern). Mit E-Mail vom 23.02.2016 übersandte die Beigeladene der Vergabestelle darauf ein Datenblatt von xxx zum Produkt xxx (zu Position 7.3.100 des Leistungsverzeichnisses). Das vorgelegte Datenblatt wies unter anderem aus (siehe Anlage Ast. 9):

- "Radiofrequenz: 433,66 MHz oder 868,4 MHz je nach Version" sowie zur "Temperatur: Betrieb -10 bis +60° C / Lagerung -20 bis +85° C".

In der Folgezeit stellten die Vergabestelle und der von ihr beauftragte Berater mehrere weitere Aufklärungsersuchen an die Beigeladene, die zuletzt (Anfang Juni 2016, siehe Anlage AG 5) von der Beigeladenen mit einem anderen (neuen) Datenblatt (Stand 2016) dahin beantwortet wurden, dass der xxx Siegelbaustein hinsichtlich des Frequenz- und des Temperaturbereichs die im Leistungsverzeichnis unter Position 7.3.1.00 gestellten Anforderungen erfüllt.

In der Zwischenzeit, und zwar unter dem 23.03.2016, informierte die Vergabestelle die Antragstellerin, dass ihr der Zuschlag nicht erteilt werde, weil ein niedrigeres Angebot der Beigeladenen vorliege. Der Zuschlag solle am 04.04.2016 auf das Angebot der Beigeladenen ergehen. Dies ließ die Antragstellerin durch Anwaltsschreiben vom 31.03.2016 rügen. Darauf erteilte die Vergabestelle der Antragstellerin den Zwischenbescheid, dass - verbindlich eine Zuschlagserteilung am 04.04.2016 nicht erfolgen werde. Gleichwohl erteilte die Vergabestelle der Beigeladenen unter dem 04.04.2016 den Auftrag. Mit Schreiben vom 06.04.2016 an die Rechtsanwälte der Antragstellerin half sie der Rege nicht ab und kündigte Erteilung des Zuschlags für den 11.04.2016 an. Unter dem 08.04. ließ die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag anbringen.

Im erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahren haben die Verfahrensbeteiligten aber Abweichungen des Angebots der Beigeladenen von den Vergabeunterlagen, über die Angemessenheit von deren Preisangebot und die von der Vergabestelle darauf betriebene Aufklärung sowie - auf Einwendungen der Beigeladenen hin - über die Zulässigkeit der von der Antragstellerin eingegangenen Bietergemeinschaft gestritten.

Die Antragstellerin hat Verpflichtung der Antragsgegnerin begehrt, das Angebot der Beigeladenen im Vergabeverfahren unberücksichtigt zu lassen und die Angebotswertung zu

wiederholen. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Vergabekammer (1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 20.05.2016 - VK 1-24/16) hat dem Nachprüfungsantrag unter Zurückweisung im Übrigen insoweit stattgegeben, als sie die Erteilung des Zuschlags untersagt und eine Wiederholung der Angebotswertung, aber keinen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen, angeordnet hat. Nach Auffassung der Vergabekammer ist von der Vergabestelle nicht zureichend sowie anhand technisch nachvollziehbarer Belege darüber aufgeklärt worden, ob der von der Beigeladenen angebotene Siegelbaustein die Leistungsanforderung "drahtlose Kommunikation 2,45 GHz" erfüllt und für eine Arbeits- und Lagertemperatur von -40° C bis +70° C ausgelegt ist. Dies sei noch abschließend zu überprüfen, wohingegen das Angebot der Beigeladenen im Übrigen ausschreibungskonform sei. Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsbegründung Bezug genommen.

Wegen des zurückgewiesenen Teils des Nachprüfungsantrags hat die Antragstellerin dagegen Sofortige Beschwerde eingelegt, die Antragsgegnerin Anschlussbeschwerde. Die Antragsgegnerin strebt eine vollständige Zurückweisung des Nachprüfungsantrags an. In der Sache wiederholen und vertiefen die Verfahrensbeteiligten einschließlich der Beigeladenen ihren bisherigen Vortrag.

Die Antragstellerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen im Vergabeverfahren unberücksichtigt zu lassen und die Wertung der Angebote zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde, zurückzuweisen,

sowie im Wege der Anschlussbeschwerde,

unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

Die Beigeladene hat im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze und die Anlagen sowie auf die Verfahrensakten der Vergabekammer und die beigezogenen Vergabeakten Bezug genommen.

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat Erfolg. Die Anschlussbeschwerde ist unbegründet.

1. Das Passivrubrum der Beschwerdeschrift ist amtswegig dahin zu berichtigen, dass - gemäß der angezeigten Umbenennung der Stiftung - Antragsgegner die Stiftung xxx Forum im xxx, nicht aber das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung ist. Dem entspricht das Rubrum im angefochtenen Beschluss der Vergabekammer. Die Antragstellerin hat in der Beschwerdeschrift auch nicht etwa zu erkennen gegeben, dass nunmehr das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung Antragsgegner sein soll. Die Beschwerde soll sich vielmehr richten "gegen das

Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung in Vertretung für die Stiftung xxx - xxx", womit die Antragstellerin nicht nur die Art und Weise der Benennung des Auftraggebers in der Auftragsbekanntmachung aufgegriffen und wiederholt, sondern zugleich klargestellt hat, dass Auftraggeber die Stiftung xxx ist und das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung in ihrer Vertretung lediglich als Vergabestelle handelt.

2. Der am 04.04.2016 erteilte Zuschlag steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nicht entgegen. Nachdem das mit der Vorprüfung beauftragte Ingenieurbüro xxx GmbH und der Projektcontroller xxx den Vergabevorschlag in Bezug auf den an die Beigeladene befürworteten Zuschlag am 10.03.2016 unterzeichnet hatten, hat die Vergabestelle unter dem 23.03.2016 die Bieterinformation nach § 101a Abs. 1 GWB a.F. per Telefax an die Antragstellerin gerichtet. Die Zehn-Tage-Frist hat demnach bis Samstag, den 02.04.2016, gelaufen, so dass ein Zuschlag an sich am Montag, den 04.04.2016, hat erteilt werden können. Die Wartefrist ist infolge der Schreiben der Vergabestelle vom 04. und 06.04.2016 nicht wirksam bis zum 11.04.2016 verlängert worden. Abgesehen von der Frage, ob der Lauf einer gesetzlichen Frist wie der Wartefrist nach § 101a Abs. 1 GWB a.F. durch gewillkürte Erklärung des Auftraggebers oder der Vergabestelle überhaupt verlängert werden kann (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.05.2007 - Verg 14/07, BA 6), ist die Fristverlängerung lediglich der Antragstellerin bekannt gegeben worden, nicht aber allen Bietern, deren Angebote von einem Zuschlag haben ausgenommen bleiben sollen.

Mit Blick auf die Feiertage um Ostern 2016 sind der Antragstellerin für die Überprüfung und Entschließung, ob ein Nachprüfungsantrag eingereicht werden soll, sowie für die Abfassung des Nachprüfungsantrags anstelle von zehn Tagen faktisch jedoch nur vier Tage verblieben. Der Nachprüfungsantrag hat spätestens am Freitag, dem 01.04.2016, morgens der Vergabekammer vorliegen müssen, damit dieser eine Prüfung auf offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit (§ 110 Abs. 2 GWB a.F.) sowie eine Information der Vergabestelle vor Ablauf der Wartefrist (§ 115 Abs. 1 GWB a.F.) noch möglich gewesen ist. Im Fall einer derartigen faktischen und von der Vergabestelle in Kenntnis der Umstände vorgenommenen Verkürzung der Wartefrist und zugleich der dem Antragsteller zur Verfügung stehenden Überprüfungsfrist, wird - um im Einklang mit der EU-Rechtsmittelrichtlinie die praktische Wirksamkeit der Rechtsschutzvorschriften des GWB zu gewährleisten die Wartefrist des § 101a GWB a.F. nicht in Gang gesetzt und kann - auf den zwischenzeitlich rechtshängig gewordenen und dem Auftraggeber bekannt gegebenen Nachprüfungsantrag - ein Zuschlag ohne Verstoß gegen das gesetzliche Zuschlagsverbot des § 115. Abs. 1 GWB a.F. nicht ergehen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.11.2014 - Verg 20/14, BA 7/8).

3. Die Antragstellerin ist antragsbefugt, und zwar auch, soweit sie die Ungemessenheit der Preisbildung des Angebots der Beigeladenen bemängelt (des Angebot der Beigeladenen liegt um etwa 30 Prozent unter dem nächsthöheren der Antragstellerin). Die Frage, ab § 16 Abs. 6 Nr. 1 und 2 VOB/A-EG eine bieterschützende Wirkung entfalten, ist bei der Begründetheit des Nachprüfungsantrags zu erörtern und zu prüfen.

Die Rügeobliegenheit ist von der Antragstellerin fraglos gewahrt worden. Auf die ihr am 23.03.2016 zugegangene Bieterinformation hat sie die beabsichtigte Zuschlagserteilung per Telefax am 31.03.2016, mithin nach vier Arbeitstagen, beanstanden lassen.

4. Die Bietergemeinschaft, welche die Antragstellerin eingegangen ist, ist nicht unter dem Gesichtspunkt einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede nach § 1 GWB und § 16 Abs. 1 Nr. 1 d VOB/A-EG zu kritisieren. Damit hat sich die Vergabekammer in den Gründen ihres Beschlusses ausführlich und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats auseinandergesetzt (VKB 22123). Darauf wird zur Vermeidung einer bloßen Wiederholung Bezug genommen.

5. Das Angebot der Beigeladenen ändert bei der Position 7.3.100 xxx die Vergabeunterlagen ab (§ 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A-EG). Es ist deswegen von der Wertung auszunehmen (§ 16 Abs. 1

Nr. 1 b VOB/A-EG). Im Leistungsverzeichnis war unter den genannten Ordnungsziffern verlangt, dass der Siegerbaustein unter anderem folgende Anforderungen erfüllen musste:

- "drahtlose Kommunikation 2,45 GHz",
- "Arbeits- und Lagertemperatur -40° C bis +70° C".

Darüber, ob der von der Beigeladenen angebotene Siegelbaustein xxx des Fabrikats xxx diesen Anforderungen entsprach, mithin über den Inhalt des Angebots, hat die Vergabestelle nach § 15 Abs. 1 VOB/A-EG zulässigerweise aufgeklärt und sich das Produktdatenblatt des Herstellers von der Beigeladenen durch E-Mail vom 23.02.2016 übersenden lassen (Anlage Ast. 9). Das Produktdatenblatt hat ausgewiesen:

- "Radiofrequenz: 453,66 MHz oder 868,4 MHz je nach Version",
- "Temperatur: Betrieb -10 bis +60° C/ Lagerung -20 bis +85° C".

In beiden Punkten wich das Datenblatt von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses ab.

Im Rechtssinn, hat die Beigeladene der Vergabestelle durch übersenden des genannten Datenblatts die Aufklärung verbindlich dahin erteilt, dass das Angebot den durch das Datenblatt ausgewiesenen Spezifikationen entspreche. Damit wich das Angebot der Beigeladenen aber von den unter Position: 7.3.100 gestellten technischen Anforderungen des Leistungsverzeichnisses ab und unterliegt einem zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren.

Wie aus der Vergabeakte hervorgeht, hat sich die Vergabestelle danach durch E-Mail vom 29.02.2016 von einem Vertriebsingenieur der Beigeladenen unter anderem mitteilen lassen, dass *"nach Rücksprache mit dem Hersteller xxx das System auch für das ISM-Band 2,45 GHz ausgelegt werden kann"*

In einem Vermerk vom 01.03.2016 über ein Telefonat mit Mitarbeitern der Beigeladenen hat der tätige Ingenieur des Beratungsbüros xxx notiert: *"Temperatur-Bereich: wird eingehalten"*.

In einer E-Mail vom 01.04.2016 hat ferner der Sales & Marketing Director des Herstellers xxx nachrichtlich an die Vergabestelle zu den technischen Eigenschaften des Siegelbausteins xxx unter anderem mitgeteilt:

"7. Frequenzbereich 2,45 GHz - Yes but we definitive recomend 868 MHz or 433 MHz which are mach better an higher performance. For ex 433 MHz can be used worldwide and is accepted everywhere.

8. Arbeits- und Lagertemperatur -40° C bis +70° C - ... -40 to +70 degree with shorter battery life and with spezial outdoor battery typ. xxx"

Auf Zuschrift vom 03.06.2016 hat sich die Vergabestelle mit umdatiertem Schreiben der Beigeladenen unter Vorlage eines neuen Datenblatts (Stand nunmehr 2016) alsdann nochmals versichern lassen, dass die vorgegebenen Frequenz- und Temperaturbereiche von dem Siegelbaustein xxx eingehalten würden.

All die weiteren Aufklärungsversuche, die der Übersendung des Datenblatts mit E-Mail vom 23.02.2016 nachfolgten, und die entsprechenden Auskünfte der Beigeladenen wären nach § 15 Abs. 3 VOB/A-EG verbotene Verhandlungen, die auf eine unzulässige Änderung des Angebots der Beigeladenen in der Gestalt hinausliefen, die es durch das Übersenden des Datenblatts am 23.02.2016 verbindlich erhalten hatte. Die Verhandlungen heben sich auf den Inhalt des Angebots bezogen und haben es inhaltlich abgeändert. Sie können den gebotenen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen nicht abwenden.

Ein Nachfordern der abweichenden Angaben zu technischen Spezifikationen nach §16 Abs. 1

Nr. 3 VOB/A-EG scheidet aus. Die zu kritisierenden technischen Angaben haben nicht gefehlt. Sie sind vorhanden gewesen, haben den geforderten technischen Spezifikationen jedoch inhaltlich nicht entsprochen.

6. Ob das Angebot der Beigeladenen auch in weiteren Punkten die Vergabeunterlagen abgeändert hat, kann auf sich beruhen. Darauf kommt es nicht an. Genauso kann offenbleiben, ob die Beigeladene bei verschiedenen Positionen des Leistungsverzeichnisses davon abgesehen hat, geforderte Typangaben vorzunehmen. Die Antragstellerin hat jedenfalls die verlangten Typangaben gemacht. Die Angabe xxx genügt, weil, wie sie unbestritten vorgetragen hat, xxx lediglich ein Funksiegel vertreibt.

Ebenso wenig ist entscheidungserheblich, ob das Angebot der Beigeladenen wegen eines unangemessen niedrigen Preises aus der Wertung auszuschneiden hat. Dies und die Frage einer bieterschützenden Wirkung des § 16 Abs. 6 VOB/A-EG kann dahingestellt bleiben.

Umgekehrt folgt aus dem Erfolg der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin der Misserfolg der Anschlussbeschwerde.

Die Vergabestelle wird bei fortbestehendem Vergabevorhaben nunmehr die Angebotswertung zu wiederholen haben und kann, sofern eine erneute Bieterinformation nicht beanstandet wird, den Auftrag erteilen.

Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Antragstellerin vom 19.09.2016 sowie der Beigeladenen vom 13. und 20.09.2016 geben entsprechend § 156 ZPO (i.V.m. § 73 Nr. 2 GWB, § 120 Abs. 2 GWB a.F.) keine Veranlassung zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3, 4 GWB a.F., § 78 GWB sowie auf § 120 Abs. 2 GWB a.F. Die Beigeladene ist in derselben Weise wie die Antragsgegnerin zu Kosten und Aufwendungen heranzuziehen, weil sie sich in beiden Instanzen am Prozess aktiv beteiligt hat. Auf Antragstellung im Beschwerdeverfahren kommt es insoweit nicht an.