

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht



Beschluss

In dem Beschwerdeverfahren

1) Bietergemeinschaft der Firmen

XXX

Beschwerdeführerin zu 1) (Beigeladene im
Nachprüfungsverfahren)

Verfahrensbevollmächtigte: XXX

2) XXX

Verfahrensbevollmächtigte: XXX

Beschwerdeführerin zu 2) (Antragsgegnerin
im Nachprüfungsverfahren)

gegen

XXX

Beschwerdegegnerin (Antragstellerin im
Nachprüfungsverfahren,

Verfahrensbevollmächtigte: XXX

wegen Auftragsvergabe „XXX“
(sofortige Beschwerde, § 116 Abs. 1 GWB)

hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts durch die Richter Czauderna, Wilke und die Richterin Görschen-Weller auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 2006 in Schleswig beschlossen:

Die sofortigen Beschwerden der Beschwerdeführerinnen zu 1) und 2) gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 17. Januar 2006 werden zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerinnen zu 1) und 2) tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens je zur Hälfte.

Der Streitwert beträgt 607.923,66 Euro.

Gründe:

I.

Die Beschwerdeführerin zu 2) (im Folgenden: Bf2) schrieb im offenen Verfahren Bauarbeiten für den „XXX“ aus. Von den ausgeschriebenen fünf Losen ist hier nur das Los 1 – XXX, XXX – im Streit.

Nebenangebote waren zugelassen. Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlichste Angebot unter Berücksichtigung von Preis, Qualität und Ausführungsfrist erfolgen. In den Angeboten sollten Art und Umfang des Nachunternehmereinsatzes angegeben werden. Die Nachunternehmerbezeichnungen waren „auf Verlangen“ anzugeben (Ziff. 6 EVM (B) BwB/E).

Nach Submission und Angebotswertung ergab sich für die Beschwerdeführerin zu 1) (im Folgenden: Bf1) und die Beschwerdegegnerin (im Folgenden: Bgg) folgende Rangfolge:

1	Bf1 (mit Nebenangebot 1)	12.158.473,32 €
2	Bf1 – Hauptangebot	12.306.359,99 €
3	Bgg (mit Nebenangeboten 1 und 3)	12.732.449,86 €
4	Fa. Z.	...
5	Bgg (mit Nebenangeboten 2 und 3)	12.963.942,87 €
6	Bgg - Hauptangebot	13.048.681,26 €

Am 24.11.2005 informierte die Bf2 die Bgg über ihre Absicht, der Bf1 den Zuschlag zu erteilen. Die Bgg erhob dagegen am 28.11. 2005 u. a. die Rüge, es seien Wertungskriterien unberücksichtigt geblieben. Die Vergabestelle wies die Rüge zurück.

Am 07.12.2005 hat die Bgg einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt.

Die Vergabekammer hat – nach Verlängerung der Entscheidungsfrist am 16.12.2005 bis zum 20.01.2006 – die Vergabestelle durch Beschluss vom 17.01.2006 verpflichtet, die Angebotswertung unter Beachtung ihrer Rechtsauffassung, insbesondere unter Ausschluss des Angebots der Bf1, zu wiederholen.

In der Begründung heißt es, dass gegen das Angebot der Bgg keine Ausschlussgründe vorlägen; die „Schlagwörter“ in der vorgelegten Nachunternehmererklärung ermöglichten eine einwandfreie Zuordnung der betroffenen Leistungen. Demgegenüber seien bei dem Angebot der Bf1 Ausschlussgründe gegeben, da kein Gewerbezentralregisterauszug vorgelegt worden und die Nachunternehmerliste unvollständig sei. Die darin aufgeführten „Schlagwörter“ seien nicht eindeutig, wodurch „ins Gewicht fallende“ Zuordnungsschwierigkeiten entstünden. Deshalb komme es auf die (Beachtung der) Zuschlagskriterien in der

Angebotswertung nicht mehr an; die Bf2 habe die Angebotswertung unter Ausschluss der Bf1 zu wiederholen.

Die gegen den am 17.01.2006 zugestellten Beschluss der Vergabekammer erhobenen sofortigen Beschwerden der Bf1 und der Bf2 sind am 31.01.2006 eingegangen.

Zur Begründung ihrer Beschwerde vertritt die Bf1 die Ansicht, das Angebot der Bgg sei wegen Abweichungen von den Nr. 17.3 Abs. 1 und 2 ZVB bzgl. der Umsatzsteuer und einer unklaren Nachunternehmererklärung auszuschließen. Es sei fraglich, ob von „Nassbaggerarbeiten“ auch „Deckwerksarbeiten“, von „Abbrucharbeiten“ auch „Demontagearbeiten“ und von „Stahlbau“ auch „Metallbauarbeiten“ umfasst seien. Entgegen der Ansicht der Vergabekammer sei ihr eigenes Angebot zu werten. Ihre Nachunternehmererklärung sei eindeutig. Da sie Nachunternehmer ausdrücklich nur für Arbeiten, auf die ihr Betrieb *nicht* eingerichtet sei, einsetze, sei mit den Schlagwörtern „Abbrucharbeiten“, „Stahlbauarbeiten“ [Pos. 1.8.30] und Taucherarbeiten“ [Titel 1.3 komplett und 1.8.270 und 1.10.120] klar beschrieben, was weiter vergeben werden solle. Dabei sei auch die DIN zu beachten (§ 9 Nr. 3 Abs. 4 VOB/A). Die Vorlage eines Gewerbezentralregistrauszugs sei in der Vergabebekanntmachung nicht gefordert worden, solche lägen überdies der Vergabestelle zu einem anderen Bauvorhaben (XXX) bereits vor.

In ihrer Beschwerdebegründung bezieht sich die Bf2 auf die o. g. Gründe und vertritt – ergänzend – die Ansicht, das Angebot der Bgg sei auch wegen unvollständiger Angaben zu den eingesetzten Baugeräten auszuschließen. Die Kriterien „Qualität“ und „Ausführungsfrist“ seien im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigt worden; insoweit habe sich zwischen den Angeboten kein signifikanter Unterschied ergeben, so dass entscheidend auf das Kriterium „Preis“ abzustellen sei.

Die Bf1 und die Bf2 beantragen,

den Beschluss der Vergabekammer vom 17.01.2006 aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Bgg zurückzuweisen, der Bgg die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen und festzustellen dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der Bf1 bzw. der Bf2 im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig war.

Die Bgg beantragt,

die sofortigen Beschwerden zurückzuweisen und der Bf1 und der Bf2 die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sowie festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bgg notwendig war.

Sie hält den Beschluss der Vergabekammer für zutreffend. Hinsichtlich der Erklärung zur Umsatzsteuer habe sie keine die Verdingungsunterlagen abändernde Erklärung abgegeben. Weder im Hinblick auf die Nachunternehmererklärung noch auf die Angaben zu den Baugeräten in ihrem Angebot sei ein Ausschlussgrund gegeben.

Dagegen sei das Angebot der Bf1 wegen des nicht zeitgerecht vorgelegten Gewerbezentralregistrauszuges und der unvollständigen Nachunternehmererklärung auszuschließen. Eine zur Vorlage des Gewerbezentralregistrauszugs evtl. vertretene abweichende Auffassung begründe die Voraussetzungen einer Vorlage zum Bundesgerichtshof gem. § 124 Abs. 2 GWB.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird entsprechend § 540 Abs. 1 ZPO auf den Beschluss der Vergabekammer vom 17.01.2006, auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten (nebst Anlagen), auf die vorgelegten Verfahrensakten der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Bf2 Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, sowie auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 11. Mai 2006 Bezug genommen.

1. Die sofortigen Beschwerde der Bf1 und der Bf2 sind form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 116 Abs. 1, § 117, § 120 Abs. 1 GWB). Die Vergabekammer hat die Entscheidungsfrist gem. § 113 Abs.1 S. 2 GWB wirksam verlängert; ein Fall des § 116 Abs. 2 GWB liegt nicht vor.

1.1 Die allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen der §§ 116 ff. GWB sind gegeben. Der maßgebliche Schwellenwert gem. § 2 Nr. 4 VgV wird überschritten. Die Bf2 ist gemäß § 98 Nr. 2 GWB öffentliche Auftraggeberin (s. Beschluss der Vergabekammer, S. 12 ff.).

1.2 Die Beschwerdeführerinnen sind beschwert, nachdem die Vergabekammer ihren Anträgen auf Zurückweisung des Nachprüfungsantrages der Bgg nicht entsprochen hat. Beide Beschwerden wenden sich gegen die Verpflichtung zur Angebotsneubewertung unter Ausschluss des Angebots der Bf1, erstreben m. a. W. die „Wiederherstellung“ der mit der Vergabemitteilung vom 24.11.1005 angekündigten Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bf1.

2. Die sofortigen Beschwerden der Beschwerdeführerinnen zu 1) und 2) gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 17.01.2006 sind unbegründet. Die Einwände gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags der Bgg greifen nicht durch (unten 2.1). Die Vergabekammer hat dem Nachprüfungsantrag zu Recht entsprochen; die Verpflichtung zur Angebotsneubewertung unter Ausschluss des Angebots von Bf1 hält der rechtlichen Nachprüfung Stand (unten 2.2). Eine Verpflichtung der Vergabestelle zur Zuschlagerteilung kommt im vorliegenden Verfahren nicht in Betracht (unten 2.3).

2.1 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Bgg zu Recht als zulässig angesehen.

2.11 Ihrer Rügeobliegenheit gem. § 107 Abs. 3 GWB hat die Bgg hinreichend entsprochen. Der Senat folgt insoweit dem Beschluss der Vergabekammer (S. 14 f. des Beschl.-Abdr.), insbesondere, was die Rechtzeitigkeit der erhobenen Vergaberügen anbetrifft. Nach Stellung des Nachprüfungsantrages ist § 107 Abs. 3 GWB nicht mehr anzuwenden (Beschl. des Senats v. 05.04.2005, 6 Verg 1/05, ZfBR 2005, 616 ff., m.w.N.).

2.12 Dem Nachprüfungsantrag stand, wie die Vergabekammer richtig entschieden hat, auch § 107 Abs. 2 GWB nicht entgegen. Die – im Beschwerdeverfahren aufrechterhaltenen – Angriffe gegen das Angebot der Bgg führen nicht zum Wegfall der „Auftragschance“.

Im Rahmen des § 107 Abs. 2 GWB genügt es, wenn ein Bieter darlegt, dass er ohne die im Rahmen des Nachprüfungsantrags gerügten Vergabeverstöße eine echte Chance zur Auftragserteilung gehabt hätte; insoweit dürfen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. (vgl. dazu Beschl. des Senats v. 30.06.2005, 6 Verg 5/05, SchlHA 2006, 142, Möllenkamp, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2006, § 107 Rn. 36 f.). Im Interesse eines effektiven Vergaberechtsschutzes ist die Antragsbefugnis i. S. d. § 107 Abs. 2 GWB weit auszulegen. Die Bgg war lediglich gehalten, eine Vergaberechtsverletzung und einen ihr drohenden Schaden schlüssig darzutun (EuGH NZBau 2003, 509 ff. - „Hackermüller“; BVerfG Beschl. vom 29.07.2004, VergabeR 2004, 597/599 f.; BGH NZBau 2004, 457 ff.).

Vorliegend werden – allerdings erst im Nachprüfungsverfahren – Gründe angeführt, die, *sofern* sie vorliegen, zum zwingenden Ausschluss des Angebots der Bgg führten. Die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags der Bgg könnte daraus nur abgeleitet werden, wenn die Ausschlussgründe evident vorlägen (vgl. Beschl. des Senats v. 10.03.2006 – 1 (6) Verg 13/05). Das ist indes nicht der Fall.

2.121 Was – zunächst – den Inhalt des Angebots der Bgg zur Umsatzsteuer anbetrifft, sind damit die Vorgaben in Nr. 17.3 Abs. 1 und 2 ZVB nicht in unzulässiger Weise geändert worden. Abgesehen davon, dass für die (zur Vergabeentscheidung führende) Angebotswertung ohnehin nur die Nettopreise gewertet werden, und – weiter – abgesehen davon, dass der auf die Rechnungen anzuwendende Umsatzsteuersatz nicht der Vergabe, sondern der Vertragsabwicklung (also den Regelungen der §§ 14, 16 Nr. 3-5 VOB/B) zuzuordnen ist, kann ein Bieter im Angebot nur das „erklären“, was er selbst in der Hand hat. Dazu gehört *nicht* die Höhe gesetzlich bestimmter Steuersätze zum Zeitpunkt des „Bewirkens der Leistung“ bzw. zum (ebenfalls gesetzlich bestimmten) Zeitpunkt des Entstehens der Steuer (§ 38 AO; § 13 Abs. 1 Nr. 1 a UStG). Der zutreffende Steuersatz ergibt sich jeweils aus dem Gesetz und nicht aus einer Bietererklärung. Durch eine privatrechtliche Vereinbarung kann weder der Zeitpunkt der Entstehung des Steueranspruchs verschoben noch die rechtlich zutreffende Subsumtion unter den Steuertatbestand verändert werden. Das Gleiche gilt auch für die Frage, welche Leistungen steuerrechtlich als „Werklieferungen“ bzw. als „sonstige Leistungen“ i. S. d. § 3 Nr. 4 UStG anzusehen sind. Der Vergabekammer ist zuzustimmen, dass die Bietererklärung, soweit sie vor dem Hintergrund des bindenden Steuerrechts überhaupt noch einer Auslegung bedarf, steuerrechtskonform zu verstehen ist (S. 15 des Beschl.-Abdr.). Käme es für den „richtigen“ Steuersatz nicht, wie die Bgg im Angebot erklärt hat, auf die zivilrechtliche Abnahme der Bauleistungen (§ 12 VOB/B) an, müsste im Rahmen der Rechnungsstellung dem Steuerrecht gemäß verfahren werden. Ein Angebotsausschlussgrund ist aus einer diesbezüglichen Bietererklärung nicht zu gewinnen. Soweit die Bf1 auf die Rechtsprechung zu § 309 BGB verweist, betrifft dies die Abwälzung von Umsatzsteuererhöhungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf (End-)Verbraucher (BGH Urt. v. 23.04.1980 VIII ZR 80/79, BGHZ 77, 79, und vom 28.01.1981, VIII ZR 165/79, NJW 1981, 979), mithin nicht die hier gegebene Problematik.

2.122 Auch aus der – gem. Ziff. 6 EVM (B) BwB/E – von der Bgg geforderten Nachunternehmererklärung lässt sich eine fehlende Antragsbefugnis im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB nicht ableiten.

Zu den angesprochenen Fragen, ob von „Nassbaggerarbeiten“ auch „Deckwerksarbeiten“, von „Abbrucharbeiten“ auch „Demontagearbeiten“ und von „Stahlbau“ auch „Metallbauarbeiten“ umfasst sind, kommt aus den im Beschluss der Vergabekammer angeführten Gründen (S. 15-20 des Beschl.-Abdr.) jedenfalls eine am objektiven Empfängerhorizont orientierte Auslegung (§§ 133, 157 BGB) in Betracht, die der nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A „geforderten“ Erklärung genügt. Der Umfang der für einen Nachunternehmereinsatz vorgesehenen Leistungen im Los 1 ist aus den Erklärungen der Bgg im (wettbewerblich) wesentlichen Umfang bestimmbar, und zwar auch dort, wo nur „schlagwortartige“ Bezeichnungen verwendet worden sind. Dies hat auch die Erörterung in der mündlichen Verhandlung anhand der terminsvorbereitend übermittelten tabellarischen Übersicht bestätigt. Für die Antragsbefugnis i. S. d. § 107 Abs. 2 GWB genügt dies.

2.123 Der – erst im Beschwerdeverfahren angesprochene (S. 19 der Beschw.-Schr. der Bf2) – Gesichtspunkt der Angaben der Bgg zu den eingesetzten Baugeräten begründet schon im Ansatz keinen Ausschlussgrund, weil aus dem Leistungsverzeichnis nicht zu entnehmen war, dass genaue Baugerätetypenbezeichnungen gefordert waren. Insoweit wäre i. ü. auch eine Aufklärung im Rahmen des § 24 VOB/A zulässig.

2.2 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden die Verpflichtung zum Ausschluss des Angebots der Bietergemeinschaft Bf1 zu Unrecht.

Die nach der Vergabemitteilung vom 24.11.2005 beabsichtigte Zuschlagerteilung an die Bf1 ist vergaberechtlich zu beanstanden. Das Angebot der Bf1 ist aus der Angebotswertung auszuschließen, weil die geforderte Vorlage des Gewerbezentralregistrauszugs unterblieben ist

(unten 2.21); die – weitere – Frage, ob das Angebot auch im Hinblick auf die Nachunternehmerklärung auszuschließen ist, bedarf danach keiner abschließenden Klärung mehr (unten 2.22).

2.21 Die Bieter hatten im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung zum Nachweis ihrer Zuverlässigkeit einen Auszug aus dem Gewerbezentralregister vorzulegen, was im Falle der Bf1 nicht geschehen ist. Dies führt – zwingend, ohne Ermessensspielraum der Vergabestelle – zum Ausschluss ihres Angebots nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b i. V. m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A.

2.211 Der Auszug aus dem Gewerbezentralregister war von den Bietern ohne „Verlangen“ der Vergabestelle mit dem Angebot vorzulegen.

Dies ergibt sich klar aus dem Wortlaut der Ziffer 3.1 der Angebotsanforderung nach dem Vordruck EVM (B) A EG 211, wie er standardmäßig im Vergabehandbuch des Bundes (VHB 2002) vorgesehen und vorliegend von der Vergabestelle verwendet worden ist (wobei die Alternative „mit dem Angebot“ angekreuzt worden war). Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem Fall, der dem Senatsbeschluss vom 10.03.2006, 1 (6) Verg 13/05, [Mitt NWStGemB 2006, 151] zugrunde lag; dort war der Gewerbezentralregistrauszug nur „auf Verlangen“ der Vergabestelle gefordert.

Der Gewerbezentralregistrauszug wurde zum Nachweis der Zuverlässigkeit der Bieter – einer Eignungsanforderung i. S. d. § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A – gefordert. Soweit in Ziff. 3.1 EVM (B) A EG 211 auf § 5 Abs. 1 S. 4 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit Bezug genommen wird, ist dieses Gesetz entgegen der Annahme der Bf1 nicht außer Kraft getreten, sondern am 23.07.2004 durch das „Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung“ novelliert worden (BGBl. I S. 1842; geändert durch Art. 5 des Gesetzes v. 14.03.2005, BGBl. 2005, 721/725). Die Vergabestelle ist nach § 21 Abs. 1 S. 4 dieses Gesetzes berechtigt, von den Auftragsbewerbern die Vorlage von

Gewerbezentralregistrauszügen zu fordern; die Auftragsbewerber können den Auszug nach § 150 Abs. 1 der Gewerbeordnung (i. d. F. v. 06.09.2005, BGBl. I. S. 2725) mit zumutbarem Aufwand erlangen.

Soweit die Bf1 dem gegenüber einwendet, der Gewerbezentralregistrauszug sei in der Ausschreibung nicht (ausdrücklich) als Mindestanforderung bezeichnet und in der – maßgeblichen – europaweiten Vergabebekanntmachung nicht als Anforderung benannt worden, lässt dies den Ausschlussgrund nicht entfallen.

Die Forderung nach Vorlage eines Gewerberegisterauszuges muss nicht ausdrücklich als „Mindestanforderung“ bezeichnet werden. Die aus ihrer Nichterfüllung resultierende Rechtsfolge nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b i. V. m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A ist auch ohne eine solche Bezeichnung erkennbar (anders, als es der Fall sein mag, wenn die Angabe von „Referenzen“ verlangt wird; vgl. dazu OLG Celle, Beschl. v. 24.02.2004, 13 Verg 3/04, Juris).

Im Tatsächlichen trifft es zu, dass in der europaweiten Vergabebekanntmachung vom XXX die Forderung nach Vorlage eines Gewerbezentralregistrauszuges nicht enthalten war. Der Angebotsausschluss ist aber – allein – auf der Grundlage der Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 10 Nr. 5 VOB/A) in Ziff. 3.1 EVM (B) A EG 211 beigefügten Forderung nach Vorlage eines Gewerbezentralregistrauszugs begründet.

Die europaweite Bekanntmachung gem. § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. s VOB/A „soll“ die „verlangten Nachweise für die Beurteilung der Eignung des Bieters“ angeben. Die Bieter sollen nach § 17 VOB/A „zumindest in groben Umrissen“ über die „wesentlichsten Dinge“ bzw. die „Allgemeinanforderungen“ des Vergabeverfahrens informiert werden, um ihnen die Beurteilung zu ermöglichen, ob die Ausschreibung ihr Interesse findet oder nicht (Kratzenberg, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 2004, § 17 VOB/A Rn. 5, 6). Die in § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. s VOB/A angesprochenen Eignungsnachweise sind in § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A

näher erläutert. Die frühzeitige Information über die Art der zu erbringenden Nachweise dient auch der Chancengleichheit: Jedem Auftragsbewerber muss genügend Zeit eingeräumt werden, sich die erforderlichen Unterlagen zu beschaffen (Kratzenberg, a.a.O., Rn. 25). Daraus folgt zugleich, dass in den Vergabeunterlagen (§ 17 Nr. 4 VOB/A) detailliertere Nachweisanforderungen (später) gestellt werden können (vgl. § 8 Nr. 3 Abs. 3, § 10 Nr. 5 Abs. 1, Abs. 2 lit. I VOB/A), insbesondere, wenn für deren Erfüllung kein größerer Zeitbedarf erforderlich ist. Die europaweite Vergabebekanntmachung schließt es – mit anderen Worten – nicht aus, dass zu einzelnen Anforderungen der Ausschreibung präzisierte Anforderungen angegeben werden. Der Wortlaut der für das Aufforderungsschreiben zur Angebotsabgabe maßgeblichen Vorschrift in § 10 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A bestätigt dies, denn für dieses Schreiben wird verlangt, dass es „*alle* Angaben“ enthält, die „für den Entschluss zur Abgabe eines Angebots notwendig sind“. Damit ist klar, dass die für die Abgabe eines wertungsfähigen Angebots zu erfüllenden Anforderungen allein auf der Grundlage der europaweiten Vergabebekanntmachung nicht abschließend zu bestimmen sind. Bei Bauausschreibungen ist das Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) für die Bestimmung der geforderten Nachweise maßgeblich. Es bedarf somit zur verlässlichen Bestimmung der mit der Abgabe eines Angebots verbundenen Anforderungen der Prüfung des Angebotsanforderungsschreibens i. S.d. § 10 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A und der diesem beigefügten Angaben i. S. d. § 10 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A.

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Transparenz- (§ 97 Abs. 1 GWB) und Gleichbehandlungsgebot (§ 97 Abs. 2 GWB). Jeder auf der Grundlage der Vergabebekanntmachung an einer Teilnahme am Vergabewettbewerb interessierte Bieter kann sich anhand des übersandten Anschreibens zu den Verdingungsunterlagen (§ 10 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A) über die maßgeblichen Eignungsnachweisanforderungen informieren. Besonderheiten kämen in Betracht, falls nach den in der Bekanntmachung übermittelten Allgemeinangaben mit der Anforderung

bestimmter Detailnachweise nicht gerechnet werden musste. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.

Mit diesen Ausführungen weicht der Senat nicht von den – von Bf1 angeführten – Entscheidungen des OLG Düsseldorf vom 25.11.2002 (Verg 56/02, Juris), vom 22.12.2004 (Verg 81/04, VergabeR 2005, 222), vom 16.01.2006 (VII-Verg 92/05; IBR 2006, 292) und vom 22.09.2005 (VII-Verg 50/05, Juris) bzw. des OLG Naumburg vom 09.09.2003 (1 Verg 5/03, NZBau 2004, 350) und vom 26.02.2004 (1 Verg 17/03, Juris) ab. Eine Vorlage nach § 124 Abs. 2 GWB ist dazu somit nicht angezeigt. Dabei mag dahinstehen, ob die o. g. Entscheidungen vom 25.11.2002, 22.09.2005 und vom 16.01.2006, die im Verfahren nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB ergangen sind, überhaupt eine Vorlagepflicht nach § 124 Abs. 2 GWB auslösen können (verneinend Röwekamp, in Kulartz u.a., a.a.O., § 124 Rn. 14). Eine Divergenz i. S. d. § 124 Abs. 2 GWB läge nur vor, wenn den genannten Entscheidungen ein verallgemeinerungsfähiger Rechtssatz in Anwendung der selben Vorschriften, wie sie hier anzuwenden sind, und zur selben Rechtsfrage, wie sie vorliegend zu beurteilen ist, zu entnehmen wäre, was jedoch nicht der Fall ist.

Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf vom 25.11.2002 und vom 22.12.2004 betreffen die in § 7a Nr. 2 Abs. 2 u. 3 VOL/A enthaltenen Bestimmungen; das Gleiche gilt auch für die angeführten Entscheidungen des OLG Naumburg (dort auch zu § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. m, § 17a VOL/A). Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 16.01.2006 betrifft – ebenfalls im Rahmen einer VOL-Ausschreibung – keinen Eignungs-, sondern einen sog. „Existenznachweis“ (Handelsregistrauszug; s. II.a der Gründe des Beschlusses); sie ist deshalb mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Die Bestimmungen der für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen maßgeblichen VOL/A weichen von der – hier anzuwendenden – VOB/A ab. Nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A sind ausdrücklich (erst) in der Aufforderung zur Angebotsabgabe die mit dem Angebot vorzulegenden oder später anzufordernden Nachweise zu bezeichnen; die

Aufforderung zur Angebotsabgabe ist legal in § 10 Nr. 1 Abs. 1 lit. a und Nr. 5 Abs. 1 VOB/A definiert; sie ist etwas anderes als die Vergabebekanntmachung gem. §§ 17, 17a VOB/A (bzw. entspr. gem. §§ 17, 17a VOL/A). Eine dem § 7a Nr. 2 Abs. 3 VOL/A vergleichbare (strikte) Vorschrift, wonach schon in der europaweiten Vergabebekanntmachung die vorzulegenden Nachweise zu bezeichnen sind, enthält die VOB/A nicht. Abgesehen davon ging es in den Entscheidungen des OLG Düsseldorf darum, dass die in der Vergabebekanntmachung ausdrücklich benannten Anforderungen an Angebote nicht durch „zusätzliche oder andere“ Anforderungen modifiziert (verschärft) werden durften. Auch darin unterscheiden sich die angeführten Entscheidungen vom vorliegenden Fall. Hier konnte – vor dem Hintergrund der in § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. s VOB/A enthaltenen Soll-Bestimmung – ein Bieter nicht erwarten, dass die der Bekanntmachung folgende Aufforderung zur Angebotsabgabe keine genaueren Angaben über Eignungsnachweise enthält.

Allein die (im Verfahren nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB) ergangene Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 22.09.2005 betrifft eine Bauvergabe. Allerdings ist dieser Entscheidung nur zu entnehmen, dass die Angaben der Bekanntmachung gem. § 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A zu den Eignungsnachweisen klar und widerspruchsfrei sein müssen. Die Aufzählung in § 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A enthalte den Mindeststandard, den die Bekanntmachung erfüllen müsse; dieser war in dem entschiedenen Fall in der Bekanntmachung abschließend genannt. Daraus kann allenfalls abgeleitet werden, dass die vorliegend erfolgte Bekanntmachung diesen „Mindeststandard“ nicht wahrte, nicht aber, dass die Statuierung von Eignungsnachweisanforderungen in der (späteren) Aufforderung zur Angebotsabgabe unzulässig ist. Ein verallgemeinerungsfähiger Rechtssatz dieses Inhalts ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.

Andere Entscheidungen von Vergabesenaten oder des Bundesgerichtshofs zur hier behandelten Problematik sind nicht ersichtlich. Damit besteht keine Veranlassung zu einer Entscheidung

nach § 124 Abs. 2 GWB. Die Bieter hatten damit einen Gewerbezentralregistrauszug mit dem Angebot, d. h., bis spätestens zum Ende der Angebotsabgabefrist (§ 18 Nr. 2 VOB/A) am 25.10. 2005, vorzulegen.

2.212 Bis zur Submission am 25.10.2005 ist kein Gewerbezentralregistrauszug vorgelegt worden. Erforderlich war die zeitgerechte Vorlage eines Auszugs für *beide* Mitgliedsfirmen der Bietergemeinschaft. Die vorgelegten Auszüge datieren vom 30.09. (also vor Fristende) und vom 28.10.2005 (also nach Fristende). Damit lag für die – einheitlich zu betrachtende (§ 21 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A) – Bietergemeinschaft Bf1 der geforderte Eignungsnachweis verspätet vor.

Die gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b i. V. m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A eintretende Rechtsfolge des Angebotsausschlusses entfällt weder deshalb, weil sich im Gewerbezentralregister „unstreitig“ keine Eintragungen bzgl. der Mitgliedsfirmen der Bietergemeinschaft Bf1 befanden (und befinden), noch kann darauf verwiesen werden, der Vergabestelle seien im Zusammenhang mit einem anderen Bauvorhaben („XXX“) fortlaufend – vor und nach der Submission - Gewerbezentralregistrauszüge der Mitgliedsfirmen vorgelegt worden. Fordert die Vergabestelle – wie hier – ohne besonderes „Verlangen“ von allen Bietern die Vorlage von Gewerbezentralregistrauszügen, ist diese Anforderung zu erfüllen, unabhängig davon, ob der Registerinhalt eine Eintragung enthält oder nicht. Die Vergabekammer hat zutreffend darauf hingewiesen, dass es grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob die Vergabestelle über die mit dem Registrauszug erforderliche Information bereits aus einem anderen Bauvorhaben verfügt (S. 21 d. Beschl.-Abdr.). Ob dieser Grundsatz Ausnahmen zulässt, um die Vergabestelle nicht zu zwingen, vor der ihr bekannten Eignung des Bieters „die Augen zu verschließen“, kann hier dahinstehen, denn im – maßgeblichen – Zeitpunkt der Submission (25.10.2005) verfügte die Vergabestelle auch aus anderen Verfahren nicht über die erforderlichen Nachweise. Zu diesem Zeitpunkt hätten gem. Ziff. 3.1 EVM (B) A EG

211 Auszüge vorliegen müssen, die „nicht älter als drei Monate sind“ (vgl. auch § 21 Abs. 1 S. 4 SchwarzArbG). Das war indes nicht der Fall: Die anlässlich der Baumaßnahme „XXX“ vorgelegten Auszüge datierten vom 06.07./11.07.2005 sowie aus August bzw. November 2004.

2.213 Der Senat hat erwogen, die „scharfe“ Rechtsfolge des Angebotsausschlusses gem. § 21 Nr. 1 Abs. 1, § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A teleologisch einzuschränken, weil – zum einen – aus den Auszügen vom 30.09./28.10.2005 ersichtlich ist, dass die Eignung der Bf1 gegeben *ist* und – zum anderen – durch die nach Angebotsabgabefrist erfolgte Nachreichung zwischen den Bietern wettbewerblich nichts „verschoben“ wird (vgl. das *obiter dictum* im Beschluss des Senats v. 10.03.2006, a.a.O., zu II.1.a der Gründe). Demgegenüber war zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 08.09.1998, X ZR 85/97, NJW 1998, 3634; Urt. v. 07.01.2003, X ZR 50/01, NZBau 2003, 406; Beschl. v. 18.02.2003, X ZB 43/02, BGHZ 154, 32; Beschl. v. 18.05.2004, X ZB 7/04, BGHZ 159, 186, Urt. v. 07.06.2005, X ZR 19/02, NZBau 2005, 709) im Interesse eines korrekten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter (§ 97 Abs. 2 GWB) ein strenger Maßstab an die Prüfung von Ausschlussgründen anzulegen ist. Zwar beziehen sich die genannten Entscheidungen durchweg auf preis- und leistungsbezogene Bieterangaben (u. a. Preis-, Fabrikats-, Herstellerangaben), doch sind vergleichbar strenge Maßstäbe auch auf (bieter- oder) eignungsbezogene Nachweise angewandt worden: Im Beschluss des OLG Frankfurt/M. vom 23.12.2005 (11 Verg 13/05, VergabeR 2006, 212) heißt es, dass eine fehlende Erklärung zum Preis „zwingend zum Ausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A führt. *Dasselbe* gilt für die Vorlage des der Eignungsprüfung dienenden Gewerbezentralregistrauszugs. Die Verdingungsunterlagen sehen zwingend vor, dass der Gewerbezentralregistrauszug innerhalb der Frist zur Angebotsabgabe ‚mit dem Angebot‘ vorzulegen ist (Nr. 3.1 der Angebotsaufforderung)“ (a.a.O., S. 219). Nach dem Gesamtkontext der

Gründe dieser Entscheidung wird insoweit insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz zur Begründung herangezogen.

Der Senat folgt im vorliegenden Fall dieser Rechtsprechung. Die Vergabestelle hat sich in Ziff. 3.1 EVM (B) A EU 211 ausdrücklich dafür entschieden, einen Gewerbezentralregistrauszug bis zur Submission ohne weiteres „Verlangen“ von allen Bietern zu fordern; dies bleibt für sie wie auch für die Wettbewerbsteilnehmer maßgeblich.

Zwar bleibt richtig, dass die Vergabestelle unabhängig von einem vorgelegten Auszug auch noch nach der Submission bis zur Zuschlagsentscheidung „gewerberechtliche“ (Ausschluss-)Gründe berücksichtigen darf (und muss), die im Rahmen des § 149 Abs. 2 GewO in das Gewerbezentralregister einzutragen wären. Auch über den Rahmen der in § 149 Abs. 2 GewO erfassten Fälle hinausgehende Ausschlussgründe kann die Vergabestelle ermitteln (vgl. zum Fall einer strafgerichtlichen Verurteilung: OLG München, Beschl. v. 21.04.2006, Verg 8/06, n. v.). Die fristgerechte Vorlage des Gewerbezentralregistrauszugs durch die Bieter ist damit ein Hilfsmittel der Vergabestelle bei der Prüfung der Eignung – genauer: der Zuverlässigkeit - der Bieter; sie dient insofern ihrer Arbeitserleichterung (so auch Ambs, in: Friauf, Komm. zur GewO, Losebl., Stand Jan. 2006, § 150a Rn. 6, zu d). Gemäß § 21 Abs. 1 S. 4 SchwarzArbG und § 150a Abs. 1 Nr. 4 GewO kann die Vergabestelle auch selbst Auskunft aus dem Gewerbezentralregister erlangen.

Die fristgerechte Vorlage des Registerauszugs ist jedoch als eine „formelle“ Komponente der Zuverlässigkeitsprüfung anzusehen. Die Bieter können die Forderung nach Vorlage des (aktuellen) Gewerbezentralregistrauszuges leicht und ohne großen Aufwand erfüllen. Dies belegt die Praxis der Bf1 bei der „parallel“ für die Vergabestelle ausgeführten Baumaßnahme „XXX“, wo es ihr ohne Weiteres möglich gewesen ist, fortlaufend Zentralregistrauszüge vorzulegen. Die Bieter würden – jedenfalls – in verfahrensrechtlicher Hinsicht ungleich behandelt, wenn das Versäumnis derjenigen Bieter, die den Gewerbezentralregistrauszug verspätet vorgelegt haben,

durch nachträgliche Bemühungen der Vergabestelle, sei es durch Nachfordern des Auszugs, sei es durch eine eigene Anfrage bei der registerführenden Stelle (BZR), „geheilt“ werden könnte. Es kommt hinzu, dass das Fehlen des Gewerbezentralregistrauszuges einer ordnungsgemäßen Angebotswertung entgegensteht (vgl. dazu Kratzenberg, a.a.O., § 21 VOB/A Rn. 9). Die Vergabestelle könnte die – damit nicht belegte – Bietereignung (Zuverlässigkeit) – nicht etwa offen lassen, sondern müsste sie vor einer Zuschlagsentscheidung positiv und u.U. zeitaufwändig selbst klären.

Das Angebot der Bf1 ist nach alledem wegen des nicht fristgerecht beigebrachten Gewerbezentralregistrauszuges aus der Wertung zwingend auszuschließen.

2.22 Ob im Hinblick auf die Nachunternehmererklärung der Bf1 ein (weiterer) Grund für den Ausschluss ihres Angebots gegeben ist, erscheint zweifelhaft. Die Entscheidung dieser Frage kann jedoch dahin gestellt bleiben, weil die gegen den Ausschluss des Angebots der Bf1 gerichteten Beschwerden wegen des nicht fristgerecht eingereichten Gewerbezentralregistrauszug unbegründet sind.

2.23 Die von der Vergabekammer ausgesprochene Verpflichtung der Vergabestelle zur Wiederholung der Angebotswertung ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

2.231 Mit ihren Beschwerdeanträgen erstreben die Beschwerdeführerinnen allein die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages der Bgg; danach wäre die am 24.11.2005 mitgeteilte Vergabeabsicht umsetzbar (was nach den o. a. Gründen (zu 2.22) ausgeschlossen ist).

2.232 Nach der von der Vergabestelle – bisher – zugrunde gelegten Wertungsreihenfolge wäre die Bgg (nach dem Ausschluss der Bf1) mit ihren Nebenangeboten 1 und 3 nächstgünstiger Bieter, gefolgt von

einem anderen Bieter (Fa. Z.), danach folgen wieder Bgg mit den Nebenangeboten 2 und 3 und dem Hauptangebot. Ein Antrag, die Vergabestelle zur Zuschlagerteilung an die Bgg zu verpflichten, ist nicht gestellt worden. Eine derartige Entscheidung des Senats käme – auch dann, wenn sie analog § 114 Abs. 1 GWB ohne ausdrücklichen Antrag für statthaft erachtet wird – nur in Betracht, wenn die Vergabestelle am Vergabeverfahren festhält und die Zuschlagerteilung an einen bestimmten Bieter die einzige rechtmäßige Entscheidung ist (Möllenkamp, a.a.O., § 123 Rn. 19). Davon kann nicht ausgegangen werden. Der Bgg ist darin zu folgen, dass im bisherigen Verfahren die Angebotswertung insbesondere zur letzten Wertungsstufe – Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots – nicht hinreichend dokumentiert worden ist (Schriftsatz v. 04.05.2006, S. 16 ff., 22). Neben dem (berücksichtigten) Kriterium „Preis“ waren auch die Kriterien „Qualität“ und „Ausführungsfrist“ zu werten.

Dem Kriterium „Qualität“ wird im Bereich der Hauptangebote – zwar – keine Bedeutung zukommen können, soweit die Qualitätsanforderungen der zu erbringenden Leistungen bereits durch die Leistungsbeschreibung (§ 9 Nr. 1, Nr. 3, Nr. 9 VOB/A) festgelegt sind. Wertungsspielraum kann aber unter dem – in der mündlichen Verhandlung angesprochenen – Aspekt der Haltbarkeit der angebotenen Bauausführung gegeben sein. Bei der Wertung von Nebenangeboten spielen Qualitätsaspekte ebenfalls eine Rolle.

Das Kriterium Ausführungsfrist kann anhand der mit den Angeboten vorgelegten Bauzeitenpläne geklärt werden. Nach den bisherigen – in der mündlichen Verhandlung erörterten – Bauzeitenplänen ergeben sich insofern im Bereich der Hauptangebote der Bieter keine Unterschiede. Die Bgg weist insoweit aber auf die bei Annahme ihres Nebenangebots Nr. 4 mögliche Bauzeitverkürzung hin; dies wird die Vergabestelle – bei ansonsten gegebener Gleichwertigkeit der Nebenangebots Nr. 4 (im Hinblick auf das Kriterium „Qualität“) zu prüfen haben.

Die Prüfung der genannten Kriterien und ihre Wertung können im Beschwerdeverfahren nicht erfolgen. Abgesehen davon, dass dazu weitere tatsächliche Klärungen erfolgen müssten, kann der Senat die erforderlichen Wertungen nicht anstelle der Vergabestelle vornehmen. Die Vergabestelle wird diese im Rahmen der zu wiederholenden Angebotsprüfung vorzunehmen haben. Die von der Vergabekammer ausgesprochene Verpflichtung zur Angebotsneubewertung ist danach nicht zu beanstanden.

3. Die sofortige Beschwerde ist nach alledem mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1, § 100 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Eine besondere Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der Bgg im Beschwerdeverfahren ist nicht geboten (§ 91 Abs. 2 ZPO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 50 Abs. 2 GKG (5 v. H. der Auftragssumme unter Zugrundelegung des Prüfergebnisses der Vergabestelle).

Czauderna
Vorsitzender Richter
am OLG

Wilke
Richter am OVG

Görrschen-Weller
Richterin am OLG
Für die Richterin am
OLG Görschen-
Weller, die wegen
Urlaubs an der
Unterschrift
verhindert ist.
Czauderna