

69 d · VK 11/2014

Leitsätze:

1. Eine Falschbezeichnung des Antragsgegners ist dann unerheblich, wenn erkennbar ist, gegen wen der Nachprüfungsantrag tatsächlich gerichtet ist. Dies ist gemäß § 110 Abs. 1 GWB von Amts wegen zu ermitteln.
2. Eine Änderung des Nachprüfungsantrages ist wegen der Sollvorschrift in § 108 Abs. 1 Satz 2 GWB unschädlich.
3. Für die Erkennbarkeit des mit einer Rüge vorgebrachten Überprüfungsbehrens reicht es aus, wenn darin Missbilligung und Abhilfebedürftigkeit hinsichtlich der Vergabeentscheidung des Auftraggebers zum Ausdruck kommen.
4. Der Bieter darf eine erkennbar unklare Leistungsbeschreibung nicht einfach hinnehmen und diese im Sinne einer für ihn günstigen Lösung interpretieren, sondern muss sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebotes klären. Ihn trifft eine Obliegenheit zur vorherigen Nachfrage beim Auftraggeber.
5. Eine unterbliebene Nachfrage muss der Bieter gegen sich gelten lassen. Er hat damit keine Ansprüche aus der unklaren Leistungsbeschreibung gegenüber dem Auftraggeber.

Stichworte: Bezeichnung des Antragsgegners, Änderung des Nachprüfungsantrags, Erkennbarkeit des Beanstandungsmoments einer Rüge, Nachfrageobliegenheit des Bieters vor Abgabe seines Angebotes, Rechtsfolge bei Verletzung der Nachfrageobliegenheit

Normen: §§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 108 Abs. 2, 110 Abs. 1 GWB; § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A

Streitgegenstand: Lieferung und Montage von Aufzugs-Förderanlagen, offenes Verfahren nach VOB/A

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

beigetragen:

- Beigetragen -

wegen Lieferung und Montage von Aufzugs-Förderanlagen (maschinenraumlose Seil-
aufzüge für Personen- und Lastentransport) in zwei Gebäudeteilen im Rahmen der Neu-
gestaltung der
(EU-ABI.

offenes Verfahren nach VOB/A,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden RD Uwe Harnisch, dem hauptamtlichen Beisitzer Ltd.VD Johannes-Ulrich Pöhlker und dem ehrenamtlichen Beisitzer RA Markus Theil aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Juli 2014 am 12. August 2014 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von € festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin ließ durch ihre Vergabestelle mit Auftragsbekanntmachung vom die Vergabe des Auftrags zur Lieferung und Montage von Aufzugs-Förderanlagen als maschinenraumlose Seilaufzüge für Personen- und Lastentransport in zwei Gebäudeteilen im Rahmen der Neugestaltung der , im offenen Verfahren nach VOB/A europaweit aus-schreiben (EU-ABI. HAD-Ref.-Nr.: ; V-Nr./AKZ Baumaßnahmen-Nr.: Darin lautete die Bezeichnung des Auf-trags auch folgendermaßen: „ JJ _1 / P F _1 Förderanlagen Aufzüge“ (Ziff. II.1.1. der Auftragsbekanntmachung). Die beiden Gebäudeteile wurden im Vergabever-fahren wie folgt bezeichnet: „ (P) und „ (J).

In der Folgezeit forderten die Beteiligten von der Vergabestelle die Vergabeunterlagen an, die sie in Form von PDF-Dateien auf CD-ROM erhielten.

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots wies die Vergabestelle darauf hin, dass beabsichtigt sei, die Leistungen im Namen und für Rechnung der zu vergeben.

Im jeweiligen Angebots-Leistungsverzeichnis befand sich für die vorgenannten Gebäudeteile P und J folgender Hinweis: *„In den Türrahmen der obersten Tür ist jeweils das Steuerungspaneel/Bedienpaneel zur Steuerung zu integrieren.“*

Für den Gebäudeteil P wird zusätzlich auf Folgendes hingewiesen: *„Die Schaltschränke sind als verwindungssteife, allseitig geschlossene stahlblechgekapselte Profilstahlkonstruktionen mit Fronttüren und Frontblenden nach Erfordernis auszubilden. Sie befinden sich jeweils im Bereich der obersten Haltestelle in der Mauervorlage integriert am Türrahmen.“*

Die Antragstellerin gab mit Schreiben vom 3. März 2014 ein Angebot ab. Die Beigeladene hatte dies mit Schreiben vom 25. Februar 2014 getan.

Am 4. April 2014 teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, den Zuschlag an die Beigeladene erteilen zu wollen.

Mit Schriftsatz vom 10. April 2014 stellte die Antragstellerin gegenüber der Vergabestelle einen Antrag auf Überprüfung der Vergabeentscheidung und bat um möglichst genaue und detaillierte Mitteilung, welche Bedingungen sie nicht erfüllt hätte. Sie erklärte, dass sie auf jeden Fall „Einspruch gegen die Vergabe“ erheben werde.

Mit Schreiben vom 15. April 2014 teilte ihr die Vergabestelle unter Bezugnahme auf die „Vergaberüge mit Schreiben vom 10.04.2014“ mit, dass der Ausschluss ihres Angebotes aufgrund von nicht mit dem Leistungsverzeichnis konformen angebotenen technischen Komponenten im Hinblick auf Schalt- bzw. Steuerschrank sowie die Steuerungen erfolgt sei. Sie half der Rüge nicht ab.

Mit Schriftsatz vom 22. April 2014 stellte die Antragsstellerin ihren Nachprüfungsantrag, der am selben Tag bei der Vergabekammer einging und übermittelt wurde.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, ihr Schreiben vom 10. April 2014 enthalte den für eine Rüge erforderlichen Inhalt: Sie habe unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie den Ausschluss ihres Angebots für nicht gerechtfertigt erachtet. Die Antragsgegnerin habe mit ihrem Schriftsatz vom 15. April 2014 dies auch als Rügeschreiben verstanden und beschieden.

Die Antragstellerin hat des Weiteren ausgeführt, dass ihr angebotenes Produkt den Anforderungen der Ausschreibung vollumfänglich entspreche: Die Regelungen der Aufzüge befänden sich im Aufzugschacht in einem kleinen Schaltschrank. Diese kommunizierten mit der Steuerung in der Mauervorlage und enthielten daher auch einige Steuerungskomponenten. Mit dem „Steuerungspaneel/Bedienpaneel“ sei ersichtlich kein

Schaltschrank angesprochen, sondern die Steuerung für den Aufzug, also diejenigen Schaltknöpfe, die der Nutzer zum Rufen des Aufzuges verwende. Zum Schaltschrank und seiner Positionierung seien keine Vorgaben getroffen worden. Der Inhalt der Ausschreibung lasse keine andere Auslegungsmöglichkeit zu, als dass Schaltschränke in die Mauervorlage integriert werden sollten. Selbst dann, wenn man dieser Auffassung nicht fol-

Am 22. Juli 2014 fand die mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer des Landes Hessen statt, bei der alle Beteiligten anwesend waren.

Die Parteien erklärten auf Befragen der Vergabekammer einvernehmlich, dass die Steuerungs-/Bedienpaneele und der Schaltschrank jeweils eine Einheit bilden sollen.

Im Rahmen der Erörterung der Sach- und Rechtslage teilte die Vergabekammer nach zwischenzeitlich durchgeführter interner Beratung den Beteiligten mit, dass nach ihrer Auffassung der Bieter eine erkennbar unklare, weil widersprüchliche Leistungsbeschreibung nicht einfach hinnehmen dürfe, sondern daraus sich ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots durch Nachfragen beim Auftraggeber klären müsse.

Die Beteiligten erhielten Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen. Die Antragstellerin trat der Auffassung der Vergabekammer entgegen, da es nach der Rechtsprechung des BGH keinen Grundsatz gebe, dass eine unklare Leistungsbeschreibung deshalb zu Lasten eines Auftragnehmers auszulegen ist, weil dieser die Unklarheiten nicht vor Abgabe seines Angebotes aufgeklärt hat.

Im weiteren Verlauf der mündlichen Verhandlung erklärte die Antragsgegnerin, dass der Auftrag nicht - wie der bisherige Schriftwechsel im Verfahren annehmen lasse - vom Land Hessen erteilt werde. Es sei daher das Rubrum zu ändern.

Die Beigeladene gab weiterhin keine Stellungnahme ab und stellte auch keinen Antrag.

Mit Datum vom 24. Juli 2014 reichte die Antragstellerin einen nicht nachgelassenen Schriftsatz ein, den die übrigen Beteiligten zur Kenntnis nehmen konnten.

II.

1.) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a.) Die Bezeichnung der Antragsgegnerin war von Amts wegen richtigzustellen, weil jene falsch bezeichnet wurde.

Soweit ihre Ermittelbarkeit gegeben ist, ist der Nachprüfungsantrag nicht als unzulässig zu verwerfen (Ziekow/Völlink-Dicks, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 108 Rn. 5; s. Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 16. Juni 2014, § 108 Rn.10/1 f).

Denn eine Falschbezeichnung der Antragsgegnerseite ist nach allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen dann unerheblich, wenn und soweit nach den

Gesamtumständen im Wege der Auslegung erkennbar ist, gegen wen der Nachprüfungsantrag tatsächlich gerichtet ist (Heuvels/Höß/Kuß/Wagner-André, *Vergaberecht*, 1. Aufl. 2013, § 108 GWB Rn. 9; Müller-Wrede-Hofmann, *GWG*, 2. Aufl. 2014, § 108 Rn. 11; Weyand, *a.a.O.*, § 108 Rn. 14; s. VK Hessen, *Beschl. v. 24. Oktober 2011 - Az.: 69d VK-35/2011 -*). Dies kann dann der Fall sein, wenn

sich der Antrag gegen den Vertreter anstatt gegen den Vertretenen richtet (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 108 Rn. 11).

So verhält es sich auch hier.

Die Antragschrift bezeichnet als Antragsgegnerin wie folgt: ,

“.

Diese Bezeichnung wurde in der Auftragsbekanntmachung vom 30. Januar 2014 verwendet, wobei dieser Landesbetrieb des Landes Hessen als öffentlicher Auftraggeber angegeben wurde (Abschnitt I sowie Ziff. I.1 der Bekanntmachung). Zudem wurde verneint, dass die Auftragsvergabe im Auftrag anderer öffentlicher Auftragnehmer erfolgt (Ziff. I.4 der Bekanntmachung).

Damit wurde zwar ein Rechtschein gesetzt, dass dieser Betrieb den Auftrag vergeben würde, was einer Berichtigung der Bezeichnung entgegenstehen könnte (Weyand, a.a.O., § 108 GWB Rn. 16). Die Frage, ob gegen § 12 EG Abs. 2 Nr. 2 VOB/A verstoßen wurde, ist insoweit irrelevant.

Jedoch war in Ziff. 1 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes dargelegt, dass beabsichtigt ist, den Auftrag im Namen und für Rechnung der
zu vergeben.

Demnach soll der Landesbetrieb nur als Vertreter handeln und zwar in der Funktion einer Vergabestelle. Auftraggeber und Vergabestelle fallen also auseinander.

In solch einem Fall ist es mittels einer funktionalen Sichtweise, die dem Zugang des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren Rechnung trägt, anerkanntermaßen unschädlich, wenn als Antragsgegner nicht der öffentliche Auftraggeber selbst, sondern allein die für ihn handelnde Vergabestelle benannt wird (Weyand, a.a.O., § 108 Rn. 11 m.w.N.; Kulartz/Kus/Portz-Möllenkamp, GWB, 3. Auflg. 2014, § 108 Rn. 21).

Allerdings liegt hier bei den Angaben zum Auftraggeber gerade ein Widerspruch zwischen Auftragsbekanntmachung und Aufforderung zur Angebotsabgabe vor. Gemeinhin gehen widersprüchliche Angaben im Ausschreibungsverfahren grundsätzlich zu Lasten des Auftraggebers (Kulartz/Kus/Portz-Möllenkamp, a.a.O., § 108 Rn. 20 [a.E.]).

Doch fraglich ist, ob und inwieweit sich dies auf das Nachprüfungsverfahren selbst auswirkt.

Denn bei der gemäß § 110 Abs. 1 GWB amtswegigen Ermittlung des Antragsgegners ist schon der gesamte Inhalt der Antragschrift einschließlich beigefüg-

ter Anlagen zu berücksichtigen. Dabei gilt der Grundsatz, dass die Antragserhebung gegen die tatsächlich gemeinte Partei nicht an deren fehlerhafter Bezeichnung scheitern darf, wenn diese Mängel letztlich keinen vernünftigen Zweifel an dem wirklich Gewollten aufkommen lassen (Weyand, a.a.O., § 108 Rn. 13/2; OLG Thüringen, Beschl. v. 26. September 2013 - Az.: 9 Verg 4/13 -). Dies kommt auch dem Ziel der Nachprüfungsverfahren zu Gute, wonach dem Antragsteller Rechtsschutz vor Fehlern im Vergabeverfahren zu gewähren ist (Weyand, a.a.O., § 108 Rn. 14/1).

Hier war der Antragschrift als dazugehörige „Anlage A 2“ die Aufforderung zur Angebotsabgabe beigefügt, welche in Ziff. 1 den Hinweis auf die Antragsgegnerin enthielt, in deren Namen und Rechnung der ausgeschriebene Auftrag vergeben werden soll. Dass es sich hierbei um eine Absichtserklärung handelt, ist für die Antragsgegnerermittlung ohne Belang. Denn bereits damit war der Antragstellerin erkennbar, wer Auftraggeber ist und dass - wie sich aus dem Absenderfeld dieses Schriftstücks ergibt - der Betrieb als Vergabestelle tätig ist. Die Funktionen derjenigen, die am Vergabeverfahren beteiligt waren, und ihr Rechtsverhältnis zueinander waren und sind ersichtlich.

Da bei diesem Zusammenhang darauf abzustellen ist, mit wem der Vertrag geschlossen werden soll (Kulartz/Kus/Portz-Möllenkamp, a.a.O., § 108 Rn. 18), war nicht die Vergabestelle, sondern die Antragsgegnerin gemäß § 108 Abs. 2 GWB zu bezeichnen.

Aufgrund des Rechtsverhältnisses zwischen ihr und der Vergabestelle hat die Übermittlung des Nachprüfungsantrages gegenüber der Antragsgegnerin das Zuschlagsverbot gemäß § 115 Abs. 3 GWB bewirkt, weil dieses unmittelbar gegen sie als Vertretene wirkt. Diese Umstände stehen auch einer etwaigen Annahme einer irrtümlichen Benennung der falschen, am materiellen Rechtsverhältnis nicht beteiligten Person als Partei entgegen und schließen eine Parteiänderung aus (s. Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 108 Rn. 11 [a.E]; s. OLG Thüringen, Beschl. v. 26. September 2013 - Az.: 9 Verg 4/13 -).

Demzufolge war - wie anerkannt (Weyand, a.a.O., § 108 GWB Rn. 15; OLG Thüringen, Beschl. v. 26. September 2013 - Az.: 9 Verg 4/13 -) - im vorliegenden Verfahrensstadium durch die Vergabekammer unter Berücksichtigung von § 13 der Satzung der Antragsgegnerin das Rubrum zu korrigieren.

- b.) Auch im Übrigen trägt der Nachprüfungsantrag den Formerfordernissen von § 108 GWB Rechnung, vor allem enthält er ein bestimmtes Begehren gemäß § 108 Abs. 1 Satz 2 GWB.

Dafür ist ausreichend, wenn aus der Antragschrift das Ziel des Antragstellers erkennbar ist, insbesondere welche Vergabeverstöße er geltend machen will (Mül-

ler-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 108 Rn. 18). Es genügt, wenn daraus hervorgeht, welche Rechtsfolge er anstrebt, insbesondere dass er eine Rechtsverletzung im Vergabeverfahren beseitigt und seine Auftragschance gewahrt sehen will (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 108 Rn. 3; s. Kulartz/Kus/Portz-Möllenkamp, a.a.O., § 108 Rn. 7).

Dies ist hier bereits mit der Antragschrift vom 22. April 2014 gegeben.

Die mit Schriftsatz vom 19. Mai 2014 erfolgte Änderung des Antrags ist unschädlich. Da es sich bei § 108 Abs. 1 Satz 2 GWB um eine Sollvorschrift handelt, ist anerkannt, dass die Formulierung eines bestimmten Antrages keine Zulässigkeitsvoraussetzung ist und später noch nachgeholt werden kann (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 108 Rn. 17; Kulartz/Kus/Portz-Möllenkamp, a.a.O., § 108 Rn. 7). Aufgrund der Sollvorschrift gilt dies auch für Antragsänderungen, zumal die Vergabekammer gemäß § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB an Anträge ohnehin nicht gebunden ist und unabhängig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken soll (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 108 Rn. 18; Kulartz/Kus/Portz-Möllenkamp, a.a.O., § 108 Rn. 7; Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 108 Rn. 3).

- c.) Zudem erfüllt der Nachprüfungsantrag die Darlegungserfordernisse von § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB.

Dafür ist hinreichend, wenn der Antragsteller schlüssig dartut, dass sich seine Chancen auf Zuschlagserteilung durch den einzelnen Vergabeverstoß zumindest verschlechtern könnten (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 13; Bechtold-Otting, GWB, 6. Aufl. 2010, § 107 Rn. 5).

Dem ist hier so.

Die Antragstellerin hat in ihren Schriftsätzen vom 22. April 2014 und vom 19. Mai 2014 vorgetragen, dass sie nach Ausschluss des Angebots des günstigst submitierenden Bieters aufgrund ihres zweitgünstigen Angebotes nun bei der Vergabe des Auftrags zu berücksichtigen wäre. Ihr Vortrag zur Rangstellung wird bestätigt durch den Vorlagebericht zur Vergabeempfehlung und Beauftragung vom 26. März 2014, den die
, als Projektantin erstellt hatte.

Damit war - was ausreicht (Bechtold-Otting, GWB, a.a.O., § 107 Rn. 6) - der gerügte Vergabeverstoß geeignet, ihre Chance auf den Zuschlag zu beeinträchtigen.

- d.) Schließlich genügt der Nachprüfungsantrag auch den Rügeerfordernissen von § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB.

Danach hat der Antragsteller den Vergabeversoß nach dessen Kenntnis unverzüglich zu rügen. Erforderlich ist, dass aus der Rüge unmissverständlich hervorgeht, welches Verhalten als Vergabeversoß angesehen wird und inwiefern der Bieter vom Auftraggeber Abhilfe verlangt (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 22; Kulartz/Kus/Portz-Wiese, a.a.O., § 107 Rn. 125). Der Auftraggeber muss dadurch in die Lage versetzt sein, den beanstandeten Fehler nach Überprüfung zu erkennen und zu berichtigen (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 107 Rn. 53).

Hier wurde unverzüglich gerügt, da die Rüge mit Schreiben vom 10. April 2014 binnen drei Tagen nach Kenntniserlangung, die mit Bieterinformation vom 4. April 2014 - eingegangen bei der Vergabestelle, mithin bei der Antragstellerin am 7. April 2014 - erfolgt war, erhoben wurde.

In ihrer Rüge monierte die Antragstellerin im Wesentlichen, die Begründung der Vergabeentscheidung sei nicht nachvollziehbar, und bat um Überprüfung der Entscheidung.

Zwar reichen Bitten um Aufklärung zu einzelnen Aspekten der Ausschreibung oder ähnliches nicht für das Beanstandungsmoment aus, das einer Rüge innewohnt (Heuvels/Höß/Kus/Wagner-Steiff, a.a.O., § 107 GWB Rn. 96 [a.E.] m.w.N.; s. Bechtold-Otting, a.a.O., § 108 Rn. 12). Doch sind an die Erkennbarkeit des mit der Rüge vorgebrachten Überprüfungsbegehrens gemeinhin keine hohen Anforderungen zu stellen, um effektiven Rechtsschutz zu gewähren (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 107 Rn. 53 [a.E.]; Kulartz/Kus,Portz-Wiese, a.a.O., § 107 Rn. 126). Entscheidend ist, dass darin Missbilligung und Abhilfebedürftigkeit zum Ausdruck kommen (Heuvels/Höß/Kus/Wagner-Steiff, a.a.O., § 107 GWB Rn. 96).

Das ist hier der Fall.

Die Antragstellerin schloss ihre Rüge mit der Ankündigung, sie werde „(...) nach dem jetzigen Stand (...) Einspruch gegen die Vergabe erheben (...)“ (Schreiben v. 10. April 2014, S. 2). Damit hat sie deutlich gemacht, dass sie Vergabeverfahren bzw. -entscheidung beanstandet. Dass dies von Antragsgegnerin auch so verstanden wurde, ergibt sich aus ihrem Schreiben vom 15. April 2014, in dem sie nicht nur auf die Rüge Bezug nahm, sondern sie auch als solche zurückwies.

Dem steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin den Gegenstand ihrer Beanstandung lediglich mit der aus ihrer Sicht fehlenden Nachvollziehbarkeit der Entscheidung beschrieb. Da sich ihre Rüge auf die Bieterinformation bezog, konnte sie nicht mehr - wie erforderlich (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 23) - Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, als darin enthalten waren. Dort

war angegeben, dass die von der Antragstellerin angebotene „(...) Steuerung/Steuerschranke nicht den Anforderungen gemäß LV entsprechen (...)“ wür-

den (Schreiben d. Antragsgegnerin v. 4. April 2014, S. 2). Nähere Einzelheiten, mit denen das Angebotsdefizit konkretisierbar gewesen wäre, wurden aber nicht genannt; dies geschah erst mit Nichtabhilfeschriften vom 15. April 2014, mithin nach bereits erhobener Rüge. Folglich bedurfte es auch bei der Rüge keiner weiteren Konkretisierung.

Demnach hat die Antragstellerin hinreichend gerügt.

2.) Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

Der Antragstellerin steht der subjektive Rechtsanspruch aus § 97 Abs. 7 GWB nicht zu.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Bieter Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (Heuvels/Höb/Kus/Wagner, a.a.O., § 97 GWB Rn. 150). Dieser Anspruch geht nur soweit, wie der Unternehmer durch die behauptete Missachtung vergaberechtlicher Bestimmungen in seinen berechtigten Belangen nachteilig betroffen ist (Müller-Wrededers., a.a.O., § 97 Rn. 64). Denn Ziel der Nachprüfung ist die Durchsetzung seines Anspruchs auf Beachtung der seinen Schutz bezweckenden Vergabevorschriften (Weyand, a.a.O., § 97 Rn. 1657, 1662).

Hier vermögen weder die Ansicht der Antragstellerin, der Inhalt der Leistungsbeschreibung lasse nur die Auslegung zu, dass - gemäß ihres Angebotes - der Schaltschrank in die Mauervorlage integriert werden sollte, noch ihre Ansicht, die Leistungsbeschreibung sei nicht eindeutig, ihr zur Durchsetzung zu verhelfen.

Sie kann vorliegend bereits keinen Anspruch auf eine eindeutige Beschreibung der Leistung gemäß § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A durchsetzen.

Die Anforderungen zur eindeutigen Leistungsbeschreibung i.S.v. § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A sind zwar bieterschützend (s. nur Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Schätzlein, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 155). Jedoch obliegt es dem Bieter, den Auftraggeber auf Defizite in den Vergabeunterlagen hinzuweisen (Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Schätzlein, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 17).

Den Bieter trifft bei solchen Fehlern eine Obliegenheit zur Nachfrage, weil er eine erkennbar unklare Leistungsbeschreibung nicht einfach hinnehmen darf (OLG Köln, Beschl. v. 23. Dezember 2009 - Az.: 11 U 173/99 -; Hillmann, jurisPR-PrivBauR 2/2014 Anm. 1 zu BGH, Urt. v. 12. September 2013 - Az.: VII ZR 227/11 -). Vielmehr hat er alle daraus hervorgehenden Zweifelsfragen vor Angebotsabgabe zu klären, um sich zu vergewissern, dass sein Verständnis mit dem Inhalt der objektiven Vergabeunterlagen

und den Vorgaben des Auftraggebers übereinstimmt (OLG Frankfurt, Beschl. v. 6. Juni 2013 - Az.: 11 Verg 8/13 -; Weyand, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 124; Ingenstau/Korbion-

Kratzenberg, VOB/A und B, 18. Auflg. 2013, § 7 VOB/A Rn. 11). Er ist wegen des im Vergabeverfahren bestehenden vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses verpflichtet, unverzüglich den Auftraggeber um Aufklärung zu bitten (Heiermann/Riedl/Rusam-Heiermann-Bauer, Handkommentar zur VOB, 13. Auflg. 2013, § 7 VOB/A Rn. 92; Weyand, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 124 m.w.N.), was dem Bieter auch ohne Weiteres zumutbar ist (Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Prieß, VOB/A, 2. Auflg. 2014, § 7 Rn. 35).

Die pflichtauslösenden Umstände beruhten hier auf den einschlägigen Angaben im Angebots-Leistungsverzeichnis (LV) zum Gebäudeteil „
“ (P
; diejenigen zum Gebäudeteil „
“ (J
wiesen keinen Klärungsbedarf auf. Hinsichtlich des erstgenannten Gebäudeteils (P
war in der Leistungsbeschreibung zu den Schachttüren vorgegeben, Steuerungs-/Bedienpaneel in den Türrahmen zu integrieren (LV, Druckfassung vom
S. 29), während nach der Leistungsbeschreibung zum Schaltschrank dieser in die Mauervorlage am Türrahmen zu integrieren war (LV, Druckfassung vom
S. 36).

Da Steuerungs-/Bedienpaneel und Schaltschrank - unstrittig - als Einheit zu verstehen waren und diese nur für den Gebäudeteil P
angefordert wurde, erhob sich die Frage, wo genau sie einzufügen war. Angesichts der Einlassung der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 19. Mai 2014, dass es „(...) im Hinblick auf die Kosten belanglos ist, ob ein Schaltschrank innenliegend oder außenliegend montiert wird (...)“ (S. 5), kann aus dem Begriff „Schrank“ kein Ausführungshindernis entnommen werden. Aufgrund ihrer weiteren Einlassung, wonach sie „(...) ohne Weiteres beide Varianten zum gleichen Preis ausführen (...)“ kann (Schriftsatz vom 19. Mai 2014, S. 5), stand ihr in beiden Fällen weder ein technisches noch ein wirtschaftliches Hindernis entgegen.

Zwar gehen Unklarheiten grundsätzlich zu Lasten des Auftraggebers (s. Weyand, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 136), zumal dieser gehalten ist, Widersprüche in den Vergabeunterlagen auszuschließen (Ziff. 4.2.5 der Allgemeinen Richtlinien Vergabeverfahren (110) des VHB - zit. nach Heiermann/Riedl/Rusam-Heiermann-Bauer, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 16). Doch darf der Bieter diese nicht im Sinne einer für ihn - u.U. wirtschaftlich - günstigsten Lösung interpretieren (Heiermann/Riedl/Rusam-Heiermann-Bauer, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 96; Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Prieß, a.a.O., § 7 Rn. 34) oder gar dem Leistungsverzeichnis bzw. der Leistungsbeschreibung nicht eigenmächtig seine Version aufdrängen (Weyand, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 129). Er hat sich vorher um Aufklärung zu bemühen, indem er beim Auftraggeber nachfragt (Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Prieß, a.a.O., § 7 Rn. 36).

Damit musste die Antragstellerin sich zunächst an die Antragsgegnerin wenden, um die Frage nach der Positionierung der Einheit zu klären.

Dies setzt aber voraus, dass der Klärungsbedarf für die Antragstellerin auch erkennbar war.

Für die Erkennbarkeit ist maßgebend der objektive Empfängerhorizont eines verständigen und sachkundigen Bieters, der mit Beschaffungsleistungen der vorliegenden Art vertraut ist (Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Prieß, a.a.O., § 7 Rn. 25, 27; Heiermann/Riedl/Rusam-Heiermann-Bauer, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 96; Heuvels/Höß/Kuß/Wagner-Schätzlein, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 11; s. OLG Köln, Beschl. v. 23. Dezember 2009 - Az.: 11 U 173/99 -). Der Klärungsbedarf hat sich nach diesem Maßstab aus einer Gesamtschau der Vergabeunterlagen zu ergeben, wobei vom Wortlaut der Leistungsbeschreibung auszugehen ist, der weder erweiternd noch einengend ausgelegt werden darf (Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Prieß, a.a.O., § 7 Rn. 26, 27; s. Heuvels/Höß/Kuß/Wagner-Schätzlein, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 11).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Die erforderliche Fachkunde ist bei der Antragstellerin gegeben. Ebenso war für sie erkennbar, dass hinsichtlich des Gebäudeteils P die Leistungsbeschreibung gegensätzliche Angaben zum Einbau der Einheit aus Steuerungs-/Bedienpaneel und Schaltschrank enthielt. Denn zum einen ergaben sich diese Angaben schon aus dem Wortlaut der einschlägigen Textteile, soweit dort nämlich eine Montage im oder am Türrahmen vorgegeben war. Die Machbarkeit beider Varianten löste ihren Gegensatz nicht auf. Auch die zum Verständnis ergänzend zu betrachtenden Schachtgrundrisse, die als Teil der Vergabeunterlagen allen Bietern als PDF-Datei auf CD-ROM zu Verfügung gestellt worden waren, waren nicht weiterführend. Die Grundrisse zu den Aufzügen A1, A2 und A3 mit den Aufzugsnummern P-A1, P-A2 und P-A3 weisen unterschiedliche Angaben auf, so dass eine Zuordnung der Vorgaben aus den in Rede stehenden Textteilen auf die Grundrisse ohne Weiteres nicht möglich war. Ohne Belang ist der Unverbindlichkeitshinweis der Antragsgegnerin auf ihre Planunterlagen in ihrem Angebots-Leistungsverzeichnis (LV, Druckfassung vom S. 14), weil sie lediglich Abmessungen betreffen, die aber nicht allein für die Zuordnung bedeutend sind. Ebenso wenig ergiebig sind die Zeichnungen in „Anlage A 6“ zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 22. April 2014 und in ihrem Schriftsatz vom 25. Juni 2014, da sie - wie schon Ziff. II.1.1 der Auftragsbekanntmachung nahelegt - ausweislich der in diesen Zeichnungen genannten Aufzugsnummer J-A 001 nur das Gebäudeteil J betreffen, nicht aber das gerade hier relevante Gebäudeteil P. Zum zweiten ergibt sich die Erkennbarkeit für die Antragstellerin aus ihren Hilfsvorträgen in ihren Schriftsätzen vom 19. Mai und 25. Juni 2014, in denen sie ausführt, dass die Ausschreibung auf jeden Fall als mehrdeutig bzw. missverständlich und unklar anzusehen wäre. Dies räumt sie in ihrem Schriftsatz vom 24. Juli 2014 schließlich positiv ein.

Demnach war die Erkennbarkeit für sie gegeben.

Der Antragstellerin oblag es daher, klärungshalber nachzufragen, was sie aber nicht tat. Damit hat sie ihre Obliegenheit verletzt.

Die Rechtsprechung des BGH, wonach eine fehlende Nachfrage bei Unklarheiten der Ausschreibung sich nicht auf den Bauvertrag auswirkt (BGH, Urt. v. 12. September 2013 - Az.: VII ZR 227/11 -) steht dem, anders als die Antragstellerin meint, nicht entgegen. Denn dabei geht es um die Auswirkung einer Obliegenheitsverletzung auf einen bereits geschlossenen Vertrag. Der BGH hat zu Recht die Auswirkung verneint, da diese nur auf vorvertraglichem Handeln beruht und darum keinen Einfluss mehr auf das Ergebnis der Auslegung eines Bauvertrages hat. Damit trägt der BGH den rechtlich unterschiedlichen Ebenen von vorvertraglichem und vertraglichem Handeln Rechnung. Hier geht es jedoch ausschließlich um vorvertragliches Handeln, das zwischen Auftraggeber und Bieter bestimmte gegenseitige Verpflichtungen - wie hier die Nachfrageobliegenheit - begründet (Heiermann/Riedl/Rusam-Heiermann-Bauer, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 92; Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Prieß, a.a.O., § 7 Rn. 5; s. Ingenstau/Korbion-Kratzenberg, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 11). Auf Auswirkungen einer Verletzung dieser Obliegenheit auf einen etwaigen, späteren Vertrag kommt es im vorliegenden Fall doch gerade nicht an.

Die unterbliebene Nachfrage muss ein Bieter gegen sich gelten lassen (Weyand, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 129), zumal ihm seine Pflichtverletzung nicht zu seinem Vorteil dienen darf (s. Ingenstau/Korbion-Kratzenberg, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 11 [a.E.]). Er hat somit keine Ansprüche gegenüber dem Auftraggeber aus der unklaren Leistungsbeschreibung (Heiermann/Riedl/Rusam-Heiermann-Bauer, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 92; Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Schätzlein, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 17).

Demzufolge vermag die Antragstellerin auch nicht mit ihrer Auslegung der Leistungsbeschreibung durchzudringen, wonach der Schaltschrank in die Mauervorlage integriert werden sollte.

Die Antragstellerin kann deswegen einen Anspruch aus § 97 Abs. 7 GWB nicht geltend machen. Folglich kann sie nicht - wie für den darauf gerichteten Primärrechtsschutz nötig (Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 97 Rn. 151; Ziekow/Völlink-Ziekow, a.a.O., § 97 Rn. 159) - die Vornahme einer bestimmten Handlung im Rahmen des Vergabeverfahrens verlangen, die sie hier mit ihrem Nachprüfungsantrag begehrt.

Nach alledem war dem Nachprüfungsantrag nicht stattzugeben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 4; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 2) - Gebühren auslö-

sende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Nachprüfungsantrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben.

Da die Antragstellerin - was vorherrschend erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 16) - ihr Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,00 €. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 4, 6, 7). Aus der Brutto-Angebotssumme in Höhe von € ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer mittels eines entsprechenden Gebührenrechners anwendet, eine Gebühr von €.

Die Antragstellerin hat wegen Unterliegens im Nachprüfungsverfahren die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 1 GWB). Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 - Az.: 11 Verg 10/13 -) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Antragsgegnerin sowie der im Vergabenachprüfungsverfahren geltenden kurzen Frist und der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 HVwVfG).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Harnisch
(Vorsitzender)

Pöhlker
(hauptamtlicher Beisitzer)