

§ 19 GWB verstoßen hat und sich daraus relevante Rechtsverletzungen des Bieters ergeben haben.

(4) Das Vorbringen der Antragstellerin reicht nicht aus, um einen Verstoß des Antragsgegners gegen § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB ohne weitergehende Prüfungen festzustellen. Das sogenannte Anzapfverbot soll verhindern, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblicher Leistungen andere Unternehmen dazu auffordert, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren; hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.

Der Vortrag der Antragstellerin reicht nicht aus, um zweifelsfrei einen derartigen Verstoß festzustellen. Alleine der Hinweis auf die eigenen Kalkulationsunterlagen der Antragstellerin bezüglich der Festsetzung der maximalen Erhöhungsgrenze genügt nicht. Es müsste vielmehr erst festgestellt werden, von welchem relevanten Markt auszugehen ist und ob der Auftraggeber als marktbeherrschendes Unternehmen eingestuft werden kann, es bedürfte einer genauen Analyse der Kalkulationsunterlagen des Antragsgegners und zwar der Gesamtkalkulation einschließlich der Abschlagszahlung, um festzustellen, ob der Antragsgegner durch die Festsetzung der Erhebungsgebühr einen Vorteil gefordert hat, und schließlich weiter, ob nach kartellrechtlicher Bewertung ein sachlicher Grund für einen gegebenenfalls geforderten Vorteil vorhanden war. Dies kann ohne zeitaufwendige weitere Feststellungen, gegebenenfalls unter Heranziehung von Sachverständigen, nicht geklärt werden. Daher besteht keine Veranlassung, den kartellrechtlichen Missbrauchsvorwurf der Antragstellerin im Rahmen des Vergaberechts des Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, selbst wenn eine vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm vorhanden wäre.

II. Die Formulierung in 2.16 (d), dass bei Verstoß das Angebot ausgeschlossen werden kann, steht einer Ausschlussentscheidung § 16 EU Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 VOB/A nicht entgegen.

Die Verwendung des Verbuns „kann“ ist von einem verständigen Bieter, auf den bei der Auslegung und Verständnis von Vergabeunterlagen abzustellen ist, nicht dahingehend zu verstehen, dass der Auftraggeber damit die detaillierten und zweifelsfrei zwingend formulierten Vorgaben zur zulässigen bzw. nicht mehr zulässigen Erhöhung des Preises gegenüber dem Erstangebot relativiert, indem er sich bei einem Verstoß gegen die Vorgaben eine Ermessensentscheidung vorbehält. Dies wäre im Übrigen vergaberechtlich auch gar nicht zulässig. Vielmehr wird damit lediglich auf die Kompetenz

der Vergabestelle zum Angebotsausschluss hingewiesen. Es steht außer Zweifel, dass die Vergabestelle die Einhaltung der Grundsätze zur Erhöhung des Preises nicht zur Disposition stellen wollte, Grundsätze der Ermessensausübung sind auch nicht angegeben worden. Für eine Warnfunktion dieses Hinweises auf die Kompetenz spricht auch, dass die Vergabestelle überhaupt nicht verpflichtet gewesen wäre, einen entsprechenden Hinweis aufzunehmen. Nach Bewertung des Senates konnte daher ein verständiger mit dem Vergaberecht einigermaßen vertrauter Bieter die Verwendung des Wortes „kann“ nicht anders auffassen als dass, wie bei Abänderungen von dieser zwingenden Vorgabe der Vergabeunterlagen, sein Angebot, wie in den §§ 16 VOB EU normiert, zwingend auszuschließen ist.

III. Die Unbegründetheit bzw. Unzulässigkeit der weiteren Anträge einschließlich des in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrags ergibt sich unmittelbar aus dem Vorgenannten.

Im Übrigen hat der Antragsgegner bei der Neuformulierung der Vergabeunterlagen den Einwänden der Antragstellerin Rechnung getragen. Nur durch die Rückversetzung des Vergabeverfahrens in das Stadium vor Abgabe der endgültigen Angebote kann die Antragstellerin weiterhin am Vergabeverfahren teilnehmen. Eine Verletzung ihrer Rechte ist bei dieser Sachlage nicht ersichtlich.

Anmerkung:

von Rechtsanwalt Dr. Matthias Ulshöfer, Stuttgart*

Der Entscheidung des OLG München lag die Vergabe des sechsstreifigen Ausbaus der A3 zwischen dem AK Biebelried und dem AK Fürth/Erlangen zu Grunde. Der Ausbau der A3 ist von seinem Umfang her eines der größten ÖPP Infrastrukturprojekte, die bisher in Deutschland beauftragt worden sind.¹

Gestritten wurde um die Frage, ob die Auftraggeberin im Verhandlungsverfahren nach Erhalt der grundsätzlich bindenden Erstangebote eine Preisbegrenzungsklausel festsetzen konnte. Danach sollten Preiserhöhungen wegen nachträglich eingetretener Umstände, die zu einer Erhöhung des Leistungsumfanges führten, zwar zulässig sein, der Höhe nach jedoch auf 45 Mio. € begrenzt werden. Die Aufnahme dieser Vertragsklausel ging auf eine Anregung der Antragstellerin zurück, die ihren Grund insbesondere in nachträglich erkannten Risiken aufgrund des Artenschutzes hatte. Die Antragstellerin rügte, dass in der Vertragsklausel eine Obergrenze enthalten war, die zunächst auf 35 Mio. € festgelegt worden war. Diese würde in ihre Kalkulationsfreiheit eingreifen und

* Oppenländer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB.

1 Pressemitteilung Autobahndirektion Nordbayern Nr. 1/20 v. 17.02.2020.

dazu führen, dass die tatsächlichen Kosten zusätzlicher Leistungen nicht erfasst würden. Dieser Rüge wurde nur teilweise abgeholfen, nämlich insoweit als die Obergrenze auf 45 Mio. € erhöht wurde.

In dem anschließenden Vergabenachprüfungsverfahren war die Antragstellerin mit ihren vergaberechtlichen Einwänden sowohl nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB als auch nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert. Sie hatte nicht berücksichtigt, dass mit der neuen Festsetzung der Preisobergrenze auf 45 Mio. € eine teilweise Nichtabhilfe ihrer Rüge verbunden war. Auch deshalb kam dem kartellrechtlichen Einwand, die Preiserhöhungsklausel verstoße gegen das kartellrechtliche „Anzapfverbot“ aus § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB, besondere Bedeutung zu. Eine Präklusion scheidet aus, da es sich bei § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB um ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB handele, weshalb die Preisobergrenze kraft Gesetzes nichtig wäre. Das OLG München hat diese Argumentation so stehen lassen.

Das OLG München knüpft an die bekannte Entscheidungspraxis an, wonach kartellrechtliche Vorschriften in einem Vergabenachprüfungsverfahren nur dann geprüft werden, wenn sie innerhalb einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm geltend gemacht werden. Den von der Antragstellerin angezogenen Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB weist das OLG München als taugliche Anknüpfungsnorm zurück. Die hierfür gegebene Begründung, das Wettbewerbsprinzip beschränke sich darauf, dass der Auftraggeber den Auftrag im Wettbewerb zwischen Bieter zu vergeben habe, fällt relativ knapp aus. An sich beinhaltet § 97 Abs. 1 GWB den an den Auftraggeber gerichteten Handlungsauftrag, öffentliche Aufträge „im Wettbewerb“ und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben. Das beinhaltet, dass auch der Auftraggeber selbst sich an das Wettbewerbsrecht hält. Deshalb bietet sich § 97 Abs. 1 GWB als Anknüpfungsnorm für die Prüfung kartellrechtswidrigen Verhaltens des Auftraggebers an.² Zudem erstreckt § 156 Abs. 2 GWB den Prüfungsumfang über die Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB hinaus auf „sonstige Ansprüche“ gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, was ebenfalls für die Prüfung kartellrechtlicher Ansprüche spricht.³

Selbst wenn eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm bejaht würde, so das OLG München im Ergebnis, sei es unter Beachtung des Beschleunigungsgebotes allenfalls vertretbar, kartellrechtliche Missbrauchsvorwürfe nach § 19 bzw. § 20 GWB im Rahmen einer vergaberechtlichen Inzidentprüfung dann zu berücksichtigen, wenn ein Kartellrechtsverstoß feststeht oder ohne weitere zeitaufwendige Prüfung „zweifelsfrei“ festgestellt werden kann. Das stimmt im Prinzip mit der vom OLG Düsseldorf bereits im Jahr 2012 entwickelten Rechtsprechung überein, wonach auch unter Geltung des Be-

schleunigungsgrundsatzes jedenfalls solche kartellrechtlichen Verstöße in einem Vergabenachprüfungsverfahren zu berücksichtigen sind, die ohne zeitaufwändige Untersuchung „einwandfrei“ festzustellen sind.⁴ Es bleibt die Frage, wann genau Kartellverstöße ohne zeitaufwändige Prüfung „einwandfrei“ bzw. „zweifelsfrei“ festzustellen sind. Dicks hat später den Vergleich zu einer „Acte clair“ gezogen.⁵

Das OLG München möchte danach differenzieren, ob ein kartellrechtlicher Verstoß der Bieter oder ein kartellrechtlicher Verstoß der Vergabestelle nach §§ 19, 20 GWB in Rede stehe. Dafür spricht, dass bei Kartellverstößen der Vergabestelle nach §§ 19, 20 GWB regelmäßig Fragen der Marktabgrenzung und der Bewertung der Stellung des Auftraggebers im fraglichen Markt aufgeworfen sein werden, zu deren Klärung das unter besonderem Beschleunigungsbedürfnis stehende Vergabenachprüfungsverfahren nur bedingt geeignet ist.⁶ Man darf diese Differenzierung allerdings nicht zu stark pauschalisieren. Auch auf Seiten der Auftraggeber muss es nicht stets um einseitige Verhaltensweisen nach §§ 19, 20 GWB gehen, sondern es können auch hier kartellrechtswidrige Absprachen nach § 1 GWB im Raum stehen, wie etwa bei der Bildung einer Einkaufsgemeinschaft oder sonstigen kartellrechtswidrigen Kooperationen zum Nachteil einzelner Bieter. Und nicht jeder Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB erfordert zwingend eine Prüfung, die unter Geltung des Beschleunigungsgrundsatzes nicht geleistet werden könnte. Insoweit hat das OLG Düsseldorf ebenfalls bereits entschieden, dass allein das Auftreten schwieriger Rechtsfragen keinen hinreichenden Grund gibt, die Prüfungskompetenz der Nachprüfungsinstanzen zu beschneiden. Das gilt zumal das Kartellrecht, ähnlich wie der Schutz von Ausschließlichkeitsrechten, keine dem im GWB geregelten

2 Vgl. Summa, in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 156 GWB Rdnr. 24; vgl. zu § 97 Abs. 1 GWB als Anknüpfungsnorm auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.07.2015 – VII-Verg 6/15, Rdnr. 20.

3 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2012 – VII-Verg 7/12, Rdnr. 41; Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 156 GWB Rdnr. 16; Bormann, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 156 Rdnr. 6 ff.

4 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2012 – VII-Verg 7/12, Rdnr. 41; Beschl. v. 29.07.2015 – VII-Verg 6/15, Rdnr. 19.

5 Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 160 GWB Rdnr. 22 Fn. 78; vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 06.10.1982, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 CILFIT, Rdnr. 5, 13 „es sei denn, das Gericht hat festgestellt, daß die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist, daß die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder daß die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt“.

6 OLG München, so das mit Verweis auf BGH, Beschl. v. 18.01.2000 – KVR 23/98.

Vergaberecht per se fremde Rechtsmaterie ist.⁷ Insofern wäre zumindest die Feststellung, dass es sich bei der Auftraggeberin um ein dem Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB unterfallendes „Unternehmen“ handelt, auf Grundlage der Rechtsprechung des BGH ohne weiteres möglich gewesen.⁸ Auch hätte die marktbeherrschende Stellung der in Bundesauftragsverwaltung gem. Art. 90 Abs. 2, Art. 85 GG für den Bund tätigen Vergabestelle kaum ernsthaft verneint werden können, da der Bund der einzige Nachfrager von Bundesfernstraßen ist und auf der Marktgegensseite nur wenige große Bauunternehmen agieren, die sich auf das sehr spezielle Anforderungsprofil des Bundesfernstraßenbaus eingerichtet haben. Es hätte allerdings außerdem noch substantiiert dargelegt werden müssen, dass die Antragsgegner die Obergrenze nach ihren eigenen Kalkulationsgrundlagen in einer Höhe festgelegt hatten, die von vorneherein erwarten ließ, dass der Zuschlagsempfänger wesentliche Leistungen ohne angemessene Vergütung werde erbringen müssen.⁹ Ausreichenden Vortrag hierzu hatte der Antragsteller offenbar nicht geleistet.

7 Vgl. für das Patentrecht OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.02.2005 – VII-Verg 91/04, Rdnr. 52.

8 BGH, Urt. v. 06.11.2013 – KZR 58/11, VBL-Gegenwert I; BGH, Urt. v. 24.01.2017 – KZR 47/14, VBL-Gegenwert II, Rdnr. 41.

9 Vgl. BGH, Urt. v. 24.09.2002 – KVR 8/01, Konditionen Anpassung, Rdnr. 35 ff.

Nebenangebote; Zuschlagskriterium Preis; Mindestanforderungen; Bekanntgabe; Auftragsbekanntmachung; Änderung der Vergabeunterlagen; Aufklärung; Ausschluss; Rüge

GWB §§ 160 Abs. 3, 176 Abs. 2; VOB/A-EU 2019 §§ 8 Abs. 2 Nr. 3, 13 Nr. 5, 15 Abs. 1 und Abs. 3, 16 Nr. 2.

1. Die Zulassung von Nebenangeboten ist auch dann möglich, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. In diesem Fall wird durch die Festlegung von Mindestanforderungen eine Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt.

2. Lässt der öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zu, muss er die Mindestanforderungen in den Vergabeunterlagen angeben. Es besteht keine Verpflichtung, dies bereits in der Auftragsbekanntmachung zu tun.

3. Bietet ein Unternehmen in seinem Hauptangebot Systemkomponenten an, die zwar den

vorgegebenen technischen Mindestkriterien entsprechen, aber systembedingt abweichende Bau-längen aufweisen, liegt eine Änderung der Vergabeunterlagen vor, die zum Ausschluss des Angebots führt.

OLG Naumburg, Beschl. v. 18.10.2019 – 7 Verg 5/19 – „Rückhaltesystem“.

Sachverhalt: Die Antragsgegnerin, ein Eigenbetrieb des Landes, welcher u.a. in Bundesauftragsverwaltung beim Bau und der Unterhaltung von Bundesfernstraßen tätig ist, schrieb, beginnend am 19.06.2019 mit der Absendung des Bekanntmachungstextes, einen Bauauftrag zur Erneuerung von Fahrzeug-Rückhaltesystemen auf einem ca. 7,35 km langen Streckenabschnitt der Bundesautobahn A ... EU-weit im Offenen Verfahren auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) – Ausgabe 2019 – zur Vergabe aus. Mit diesem Bauvorhaben sollen die passiven Schutzeinrichtungen der Autobahn im Rahmen von deren grundlegender Sanierung erneuert und dem aktuellen Stand der Technik angepasst werden.

In der Auftragsbekanntmachung (Ziffer II.2.5) wurde angegeben, dass der Zuschlag allein nach dem (niedrigsten) Preis erteilt werden soll. Alternativangebote wurden zugelassen (Ziffer II.2.10).

In den Vergabeunterlagen wurde in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes darauf hingewiesen, dass Nebenangebote die Mindestanforderungen der Baubeschreibung Abschnitt 1.5 und die Vorgaben in den einschlägigen Regelwerken gemäß einem beigefügten Vordruck erfüllen müssen (Ziffer 6.2).

Nach dem Inhalt der Baubeschreibung umfasste der Auftrag die Lieferung und den Einbau von Fahrzeug-Rückhaltesystemen (FRS), Leitpfosten und Aufsatzleitpfosten, das Schließen der vorhandenen Mittelstreifenüberfahrten (MÜF) und die Wiederherstellung der Fahrzeug-Rückhaltesysteme in den provisorischen Nothaltebuchten (Fahrbahnverbreiterungen). Die Demontage der vorhandenen FRS war bereits erfolgt. Die Antragsgegnerin hob hervor, dass nur nach DIN EN 1317 positiv geprüfte FRS, welche zusätzlich die technischen Kriterien für den Einsatz von FRS in Deutschland (TK FRS) erfüllen, zum Einsatz kommen dürften. Die Erfüllung dieser Anforderungen konnte jeder Bieter entweder durch Einzelnachweis oder durch die Bezugnahme auf die von der Bundesanstalt für Straßenwesen (BASt) veröffentlichte „Technische Übersichtsliste für Fahrzeug-Rückhaltesysteme in Deutschland“ (TÜL) erbringen (Ziffer 1.1). Für Nebenangebote wurde festgelegt, dass sie die geforderten Mindestanforderungen der Baubeschreibung erfüllen und im Vergleich mit der ausgeschriebenen Leistung qualitativ und quantitativ