

**Von Amts wegen zu berücksichtigende Vergaberechtsverstöße – BAIUDBw**

GWB §§ 97 VI, 160 III 1, 163 I; VgV §§ 10, 40, 41, 53, 57 I Nr. 4

1. Die Vorschrift des § 41 I VgV, wonach der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben hat, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können, ist verletzt, wenn Teile der Vergabeunterlagen (hier: Technische Lieferbedingungen) nicht über den in der Bekanntmachung genannten Link, sondern erst über eine weitere elektronische Adresse direkt abrufbar sind, da es sich bei Technischen Lieferbedingungen eindeutig um Vergabeunterlagen gem. § 29 VgV handelt.
2. Ein Verstoß des öffentlichen Auftraggebers gegen § 41 I VgV liegt dementsprechend auch dann vor, wenn lediglich ein zu den Vergabeunterlagen gehörender Zeichnungssatz tatsächlich nicht direkt unter der von ihm genannten elektronischen Adresse abrufbar war.
3. Ermöglicht der öffentliche Auftraggeber die Abgabe von Angeboten nicht mit Hilfe elektronischer Mittel nach § 10 VgV, sondern fordert er die Abgabe eines Angebots in Papierform, verstößt er gegen die zwingende und keinerlei Ermessen beinhaltende Vergabevorschrift des § 53 I VgV.
4. Erfolgt die Auftragsbekanntmachung auf nationaler Ebene nicht entsprechend § 40 III 1 VgV erst nach der Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU, so liegt hierin ein Verstoß des öffentlichen Auftraggebers gegen die Bekanntmachungsvorschrift des § 40 III 1 VgV.
5. Die Vergabekammer ist auch ohne Rügen von Vergabeverstößen seitens der Bieter vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nach § 163 GWB von Amts wegen berechtigt, Vergaberechtsverstöße gegen die Vorschriften der §§ 40 III 1, 41 I und 53 I VgV aufzugreifen.

OLG Düsseldorf: Von Amts wegen zu berücksichtigende  
Vergaberechtsverstöße – BAIUDBw(NZBau 2019, 665)

666

6. Ergibt sich in tatsächlicher Hinsicht erst aus dem zur Ausschreibung gehörenden Mustervertrag und den Technischen Lieferbedingungen, dass der in den Technischen Lieferbedingungen erwähnte Zeichnungssatz noch gesondert beim Auftraggeber angefordert werden musste und nicht bereits über eine elektronische Adresse abrufbar war, so musste ein durchschnittlich fachkundiger Bieter darin noch keinen Vergaberechtsverstoß gegen § 41 I VgV erkennen. (Leitsätze der Redaktion)

---

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.5.2019 – VII-Verg 47/18

---

**Zum Sachverhalt:**

Die Ag. schrieb mit Bekanntmachung vom 7.9.2017 im offenen Verfahren den Abschluss eines Rahmenvertrags über die Lieferung von elektrisch höhenverstellbaren Bildschirmarbeitstischen aus (EU-Bekanntmachung 2017/S. 171-350061). Damit soll ein Beschaffungsbedarf von circa 40.000 Stück innerhalb einer Gesamtvertragslaufzeit von vier Jahren (unter Einbeziehung d. Verlängerungsoptionen) gedeckt werden. Bereits am 4.9.2017 hatte die Ag. das Vergabeverfahren über die nationale elektronische Plattform „www.evergabe-online.de“ veröffentlicht.

In der Auftragsbekanntmachung wird unter Nr. I.3 „Kommunikation“ ausgeführt:

„Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung unter <https://www.evergabe-online.de/tenderdetails.html?id=171348>.“

In Nr. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung heißt es weiter:

„Die Möblierungsgeräte sind nach den Technischen Lieferbedingungen (TL) herzustellen. Die TLs sind im Internet unter [www...de](http://www...de) abrufbar. (...) Entgegen den Bestimmungen einiger TLs müssen folgende Prüfbescheinigungen mit der Angebotsabgabe vorgelegt werden: Prüfbescheinigung für das GS-Zeichen (...).“

(Eingeklammerte Auslassungen bei allen Zitaten durch *Senat*; „GS“ steht für Geprüfte Sicherheit, Anm. des *Senats*).

Die ausgeschriebenen Bildschirmarbeitstische waren nach den Technischen Lieferbedingungen TL A-0074 und TL 7110-0093 sowie ausweislich der Ergänzenden Hinweise zu den Vergabeunterlagen nach dem Zeichnungssatz ZS 4110 herzustellen. Auf S. 2 der Technischen Lieferbedingung 7110-0093 findet sich folgender Hinweis:

„Diese TL enthalten durch datierte und undatierte Verweisungen Festlegungen aus anderen Dokumenten (Normen, TL usw.). Diese Dokumente sind an den jeweiligen Stellen im Text zitiert (Normative Verweisungen). (...)“

Zeichnungssatz (ZS)

(...)

ZS 4110 Bildschirmarbeitstisch, elektrisch höhenverstellbar. 1600 mm x 800 mm (Ausführung I).

Die Zeichnungssätze werden nur (...) auf besondere Anforderung ausgegeben.“

Die Technische Lieferbedingung 7110-0093 enthält unter anderem folgende Technische Anforderungen:

„2.1 (...) Bei Ausführung I müssen bei der maximalen Arbeitshöhe hinsichtlich der Belastung an einer Ecke mindestens 1.200 N im Prüfbericht für das GS-Zeichen nachgewiesen werden (...).“

2.1.1 Die Tischplatte aus Spanplatte P2, 28 mm dick, nach DIN EN 312 ist rundum mit einem Einleimer aus Buche-Vollholz 15 mm dick und beidseitig mit HPL/HCPL in Buche-Dekor (...) zu fertigen (...).

2.2 (...) Die Eignung der PC-Halterung ist mit einem GS-Zeichen für den elektrisch höhenverstellbaren Steh-/Sitz-Bildschirmarbeitsplatz nachzuweisen (...).

2.5 Farbe 7021 (schwarzgrau) für alle Metallteile.“

Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis. Als Schlusstermin für die Abgabe der Angebote hat die Ag. den 17.10.2017 festgelegt.

Nachdem die Ast., eine in H. ansässige Möbelherstellerin, am 13. und erneut am 19.9.2017 um Übersendung des Zeichnungssatzes gebeten hatte, erhielt sie diesen auf einem Datenträger am 26.9.2017 per Post.

Die Ast. reichte fristgerecht ein Angebot ein. Die Beigel. gab als einzige weitere Bieterin ebenfalls ein fristgerechtes Angebot mit einem deutlich höheren Angebotspreis ab.

Die Ast. bot ausweislich des ausgefüllten Angebotsblatts eine Ausführung „gem. TL 7110-0093 Ausführung I“ an. Ihrem Angebot beigefügt war unter anderem ein GS-Zertifikat, ausgestellt am 19.8.2013 durch die *TÜV B GmbH*, gültig bis zum 18.8.2018 für den Tisch

„Alma H (...)

Tragkraft: 125 KG (...)

Plattenstärke: 2,5 cm

Plattenbeläge: Melamin in den Farben, grauweiß, grau F509, weiße Esche, champagner Eiche, Ferrara Eiche, graue Ferrara Eiche, wenge“.

Über die Eignung der PC-Halterung traf das Prüfzeichen keine Aussage.

Die Ag. bat die Ast. mit EMail vom 2.11.2017 um Aufklärung, weil den Angebotsunterlagen – so ihre Ausführungen – nicht das geforderte GS-Zeichen sondern das GS-Zeichen für einen anderen als den ausgeschriebenen Tisch beigefügt war. Sie forderte die Ast. daher auf, unter anderem folgende Zertifikate nachzureichen:

- Zertifikat für Bedien, Steuerungs- und Hubelement nach DIN EN 60335-1 und UL 962
- GS-Prüfzeichen für den BAT TL 7110-0093.

Die Ast. übersandte der Ag. daraufhin am 24.11.2017 eine Bestätigung der *TÜV B GmbH*, nach der sich das Modell „ALMA-HGAC“ in der GS-Prüfung befinde und die voraussichtliche Prüfdauer vier Wochen betrage. Erst bei der Erstmusterung des Tisches am 13.12.2017 legte die Ast. ein GS-Zertifikat der *TÜV B GmbH* vom 11.12.2017 nebst Prüfbericht vor.

Das Ergebnis der Prüfung ergab für die Ag. Anlass zu Beanstandungen, die sie der Ast. durch Übermittlung einer „Mängelliste“ mitteilte. Danach waren an den elektrisch höhenverstellbaren Tischen der Ast. unter anderem die eingebauten Hubeinheiten nur für eine Kraft von 800 N ausgelegt und nicht wie in der Ausschreibung gefordert von 1.200 N. Mit Schreiben vom 19.12.2017 bestätigte die Ast. den Erhalt der „Mängelliste“ und teilte bezüglich der Hubeinheiten mit, dass sie an deren Behebung arbeite. Mit EMail vom 27.12.2017 legte sie sodann ein Zertifikat der T. vom 22.12.2017 vor, das den von der Ast. verwendeten Hubelementen im Zertifikat eine maximale Hublast von 1.200 N bescheinigte. In Nr. 1.2 der Produktbescheinigung war hingegen eine maximale Hublast der Elemente von 800 N ausgewiesen. Die Ag. forderte die Ast. in der Folge des Weiteren auf, unter Verwendung des Formulars „Aufforderung zur Einreichung einer Vorkalkulation“ den von ihr angegebenen Selbstkostenpreis aufzuklären. Dem kam die Ast. nach. Die Überprüfung der Angaben gab zu einer weiteren Preisprüfung keinen Anlass.

Mit Schreiben vom 6.6.2018 teilte die Ag. der Ast. mit, dass ihr Angebot wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen gem. § 57 I Nr. 4 VgV ausgeschlossen werde und die Zuschlagserteilung an die Beigel. beabsichtigt sei. Hiergegen erhob die Ast. am selben Tag „Einspruch“. Die Ast. hat am 15.6.2018 bei der *VK Bund* ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Sie hat die Auffassung vertreten, dass die Anforderungen in den Technischen Lieferbedingungen der Ag. widersprüchlich seien. Zudem sei das Angebot der Beigel. wegen zahlreicher Vergaberechtsverstöße auszuschließen. Die *VK Bund* (Beschl. v. 19.7.2018 – VK 2-58/18, BeckRS 2018, 18752) hat unter Zurückweisung des Nachprüfungsantrags im Übrigen die Ag. verpflichtet, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht beginnend mit der Bekanntmachung entsprechend der Rechtsauffassung der *VK* zu wiederholen. Zur Begründung führte sie aus, es sei bereits in der Vorbereitung des Vergabeverfahrens zu Fehlern gekommen. Zwar sei das Angebot der Ast. wegen tatsächlicher Abweichungen von den Anforderungen der Vergabeunterlagen gem. § 57 I Nr. 4 VgV auszuschließen. Darauf komme es aber wegen der zeitlich vorgelagerten Verstöße im Rahmen der Auftragsbekanntmachung nicht an.

Gegen diese Entscheidung hat die Beigel. sofortige Beschwerde eingelegt. Sie macht unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens im Nachprüfungsverfahren insbesondere geltend, der Nachprüfungsantrag sei schon deshalb unbegründet, weil die Ast. mit Angebotsabgabe kein GS-Zeichen für den ausgeschriebenen Tisch vorgelegt habe. Die Ast. habe die im Nachprüfungsverfahren zu Unrecht von Amts wegen

OLG Düsseldorf: Von Amts wegen zu berücksichtigende Vergaberechtsverstöße – BAIUDBw(NZBau 2019, 665)

667

aufgegriffenen Vergaberechtsverstöße nicht rechtzeitig gerügt. Jedenfalls sei ausgeschlossen, dass diese Vergaberechtsverstöße die Angebotserstellung erschwert hätten. Überdies sei der Angebotspreis der Ast. ungewöhnlich niedrig.

Die sofortige Beschwerde der Beigel. hatte keinen Erfolg.

### Aus den Gründen:

**24II.** Die zulässige sofortige Beschwerde der Beigel. ist nicht begründet. Die *VK* hat dem Nachprüfungsantrag der Ast. zu Recht im Hilfsantrag stattgegeben.

**251.** Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

**26**Die Ast. ist gem. § 160 II GWB antragsbefugt. Dies gilt auch hinsichtlich eines etwaigen Verstoßes gegen das in § 40 III VgV verankerte Gebot, dass Bekanntmachungen auf nationaler Ebene erst nach der Veröffentlichung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union oder 48 Stunden nach der Bestätigung über den Eingang der Bekanntmachung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union bekanntgemacht werden dürfen. Die Vorschrift ist bieterschützend (*Schwabe in Müller-Wrede, VgV/UVgO-Komm., 2017, § 40 VgV Rn. 39; Rechten in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Komm. z. VgV, 2017, § 40 Rn. 4; einschränkend MüKoWettbR/Schmidt, Bd. 3, Vergaberecht I, 2. Aufl. 2018, § 40 VgV Rn. 20, d. einen Bieterschutz offenbar nur für d. Vorgabe annimmt, dass d. nationale Bekanntmachung keine zusätzlichen Informationen enthalten darf*). Ihr kommt hohe Bedeutung für die Durchsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung zu. Wird eine EU-weite Ausschreibung vorzeitig national bekanntgemacht, so können hierdurch EU-ausländische Bieter benachteiligt sein. Daher erschöpft sich neben dem inhaltlichen Erfordernis auch das zeitliche Erfordernis der EU-weiten Bekanntmachung nicht in einer bloßen Ordnungsvorschrift.

**27**Anders als die Beigel. meint, lassen sich aus der Rechtsprechung zur fehlenden Antragsbefugnis bei einer vergaberechtswidrig ausschließlich nationalen Ausschreibung (*Senat, Beschl. v. 22.11.1999 – VII-Verg 2/99*) keine Schlüsse für den hier zu entscheidenden Fall ziehen. Es mag zutreffen, dass einem Bieter die Antragsbefugnis fehlt, wenn dieser trotz des Verfahrensverstößes von der Ausschreibung Kenntnis nimmt und sich sodann am Vergabeverfahren beteiligt. Hier macht die Ast. jedoch eine Erschwernis aufgrund der Zeitverkürzung geltend, die sich durch die verspätete EU-weite Bekanntmachung ergab. Dass sie von der Ausschreibung (wenngleich im Vergleich zu nationalen Bietern zeitversetzt) Kenntnis genommen und an dieser teilgenommen hat, lässt eine Erschwernis und Beeinträchtigung der Zuschlagschancen wegen Zeitverzögerung nicht ausgeschlossen erscheinen.

**282.** Der Nachprüfungsantrag der Ast. ist, soweit er noch Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist, begründet.

**29**Die Ag. hat die Ast. in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzt (§ 97 VI GWB). Die Ag. hat sowohl gegen § 41 I VgV als auch gegen

§ 10 VgV und § 40 III 1 VgV verstoßen (s. unter a). Auch war die *VK* berechtigt, die Vergaberechtsfehler von Amts wegen aufzugreifen (s. unter b). Die Vergaberechtsverstöße haben zu einer Beeinträchtigung der Zuschlagschancen der Ast. geführt (s. unter c).

**30a)** Die *VK* hat aus zutreffenden Gründen einen Verstoß gegen §§ 41 I 10 und 40 III 1 VgV bejaht.

**31aa)** Die Ag. hat gegen § 41 I VgV verstoßen.

**32**Nach dieser Vorschrift hat der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Vollständig abrufbar sind die Vergabeunterlagen dann, wenn über die in der Bekanntmachung genannte Internetadresse die Vergabeunterlagen vollständig und nicht nur Teile derselben abgerufen werden können (*Senat*, NZBau 2019, 129 – WHD-Reinigung; *Wichmann* in Ziekow/Völlink, Vergaberecht 3. Aufl. 2018, § 41 VgV Rn. 13; *Rechten* in *Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß*, § 41 Rn. 30; *Horn* in *Müller-Wrede*, § 41 VgV Rn. 15). Uneingeschränkt abrufbar sind die Vergabeunterlagen dann, wenn die elektronische Adresse einen eindeutig und vollständig beschriebenen medienbruchfreien elektronischen Weg zu den Vergabeunterlagen enthält. In der Bekanntmachung sind alle Informationen anzugeben, die es einem Bürger oder einem Unternehmen ohne wesentliche Zwischenschritte und ohne wesentlichen Zeitverlust ermöglichen, mit elektronischen Mitteln an die Vergabeunterlagen zu gelangen (VO-Begr. d. BReg., BT-Drs. 18/7318, 181, u. BR-Drs. 87/16, 195; *Rechten* in *Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß*, § 41 Rn. 25 ff.; *Horn* in *Müller-Wrede*, § 41 VgV Rn. 11; MüKoWettbR/*Schmidt*, Bd. 3, Vergaberecht I, § 41 VgV Rn. 14). Direkt abrufbar sind die Vergabeunterlagen im Rahmen der auf elektronische Mittel gestützten öffentlichen Auftragsvergabe dann, wenn potenzielle Bieter oder Bewerber sich über bekanntgemachte öffentliche Auftragsvergaben informieren oder Vergabeunterlagen abrufen können, ohne sich zuvor auf einer elektronischen Vergabeplattform mit ihrem Namen, einer Benutzerkennung oder ihrer E-Mail-Adresse registrieren zu lassen (Begr. d. Ordnungsgebers, BR-Drs. 87/16, 195 f.; MüKoWettbR/*Schmidt*, Bd. 3, Vergaberecht I, § 41 VgV Rn. 14; *Rechten* in *Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß*, § 41 Rn. 25 ff.; *Horn* in *Müller-Wrede*, § 41 VgV Rn. 11). Diesem Erfordernis ist nicht genügt, wenn die Vergabeunterlagen erst auf Anforderung und unter Angabe einer E-Mail-Adresse oder einer Postanschrift versandt werden (*Krohn* in *Burgi/Dreher*, Beck'scher Vergaberechtskomm., 3. Aufl. 2019, § 41 VgV Rn. 5).

**33**Diesen Anforderungen genügt die unter Nr. I. 3 der Auftragsbekanntmachung bekannt gegebene elektronische Adresse „<https://www.evergabe-online.de/tenderdetails.html?id=171348>“ nicht.

**34(1)** Die Technischen Lieferbedingungen, nach deren Vorgaben die Tische herzustellen waren, waren über diese elektronische Adresse nicht abrufbar. Vielmehr war in Nr. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung eine andere, zweite Internetadresse, [www...de](http://www...de), für ihren Abruf benannt.

**35**Kein Zweifel besteht, dass es sich bei den Technischen Lieferbedingungen um Vergabeunterlagen gem. § 29 VgV handelt, die gem. § 41 VgV unter einer elektronischen Adresse abrufbar sein müssen. Nach § 29 I 1 VgV umfassen die Vergabeunterlagen alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Sie bestehen nach § 29 I 2 Nr. 3 VgV unter anderem in der Regel aus den Vertragsunterlagen, die aus der Leistungsbeschreibung und den

Vertragsbedingungen bestehen. Die Technischen Lieferbedingungen enthalten Anforderungen über die Beschaffung der zu liefernden Tische und sind damit Teil der Leistungsbeschreibung.

**36** Ist aber ein Teil der Vergabeunterlagen nur über eine zweite elektronische Adresse abrufbar, ist die in § 41 I VgV aufgestellte Voraussetzung, dass die Vergabeunterlagen unter einer angegebenen Internetadresse vollständig abgerufen werden können, nicht erfüllt. Ohne dass es hier darauf ankommt, konnten die Technischen Lieferbedingungen unter der zweiten Adresse auch nicht direkt abgerufen werden. Es war nicht möglich, ohne Zeitverlust und wesentliche Zwischenschritte an die erforderlichen Unterlagen zu gelangen.

OLG Düsseldorf: Von Amts wegen zu berücksichtigende  
Vergaberechtsverstöße – BAIUDBw(NZBau 2019, 665)

668

Um die Technischen Lieferbedingungen unter der in der Auftragsbekanntmachung angegebenen Internetadresse www...de zu erhalten, musste die Ast. die Webseite „Vergabe“ und von dort die Webseite „Technische Lieferbedingungen“ ansteuern und konnte erst dann unter Eingabe der jeweiligen Nummer nebst Titel und Ausgabedatum in eine Suchmaske die Technischen Lieferbedingungen finden. Die Nummern der für die Auftragsausführung einschlägigen Technischen Lieferbedingungen wiederum musste sich die Ast. zuvor aus den Vergabeunterlagen herausuchen.

**37(2)** Ein weiterer Verstoß gegen § 41 I VgV ist darin begründet, dass der zu den Vergabeunterlagen gehörende Zeichnungssatz 4110 nicht direkt unter der benannten elektronischen Adresse abrufbar war, sondern per E-Mail bei der Ag. angefordert werden musste und erst auf Anforderung postalisch zugesandt wurde. Für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands iSv § 41 II VgV liegen keine Anhaltspunkte vor.

**38bb)** Indem die Ag. nicht die Abgabe von Angeboten mithilfe elektronischer Mittel nach § 10 VgV ermöglichte, sondern ausweislich der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 4.9.2017 die Abgabe eines Angebots in Papierform forderte, hat sie gegen die Vergabevorschrift des § 53 I VgV verstoßen. Dies greift auch die Beigel. mit der Beschwerde nicht an.

**39cc)** Die Ag. hat gegen die Bekanntmachungsvorschrift des § 40 III 1 VgV verstoßen, die bestimmt, dass Bekanntmachungen auf nationaler Ebene erst nach der europaweiten Bekanntmachung erfolgen dürfen. Die Veröffentlichung auf der nationalen Plattform „www.evergabe-online.de“ erfolgte indes am 4.9.2017 und damit vor der Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt am 7.9.2017.

**40b)** Die VK war berechtigt, die genannten Vergaberechtsfehler ohne eine entsprechende Rüge der Ast. vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gem. § 163 GWB von Amts wegen aufzugreifen.

**41** Der Umfang der tatsächlichen und rechtlichen Prüfung durch die Vergabekammern wird durch § 163 I GWB und § 168 I GWB bestimmt. Demnach erforscht die VK den Sachverhalt von Amts wegen. Sie kann sich auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder sonst bekannt sein muss. Dabei ist sie nicht zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet. Allerdings ist sie grundsätzlich zum Aufgreifen auch nicht geltend gemachter, sich aufdrängender Vergaberechtsfehler befugt (*Senat*, NZBau 2009, 269 – Wachdienst). Der Amtsermittlungsgrundsatz gilt allerdings nur soweit, als der Nachprüfungsantrag zulässig ist (vgl. *Senat*, NZBau 2019, 64 – Poppelsdorfer Schloss; NZBau 2015, 709 [710] Rn. 8 – AÜG-Erlaubnis und BDWS-Mitgliedschaft; Beschl. v. 15.6.2005 – VII-Verg 5/05, BeckRS 2005, 7946, u. Beschl. v. 12.3.2003 – Verg 49/02, BeckRS 2004, 2039; Thiele in *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, Komm. z. GWB-Vergaberecht, § 168 Rn. 23; *Reidt* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 168 GWB Rn. 19; MüKoWettbR/*Fett*, Bd.

3, Vergaberecht I, § 168 GWB Rn. 34). Insbesondere muss der Antragsteller seine aus § 160 III 1 GWB folgende Rügeobliegenheit erfüllt haben. Präkludierte Verstöße dürfen von Amts wegen nicht aufgegriffen werden (*Senat*, NZBau 2015, 709 [710] Rn. 8 – AÜG-Erlaubnis und BDWS-Mitgliedschaft; NZBau 2019, 64 – Poppelsdorfer Schloss).

**42**Die Ast. ist, mit Ausnahme des Verstoßes gegen § 41 I VgV, gestützt auf die Tatsache, dass die Technischen Lieferbedingungen unter einer anderen als der in Nr. I.3 der Auftragsbekanntmachung benannten elektronischen Adresse abrufbar waren, nicht gem. § 160 III 1 GWB präkludiert.

**43aa)** Die Ast. hat ihre Rügeobliegenheiten verletzt, soweit sie bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe nicht beanstandet hat, dass nicht sämtliche Vergabeunterlagen unter der Adresse „<https://www.evergabe-online.de/tenderdetails.html?id=171348>“ abrufbar waren, sondern für den Abruf der Technischen Lieferbedingungen eine zweite elektronische Adresse benannt worden ist. Der Vergaberechtsverstoß war für sie iSv § 160 III 1 Nr. 2 GWB aufgrund der Bekanntmachung erkennbar.

**44**Erkennbar iSv § 160 III Nr. 2 und 3 GWB ist ein Vergaberechtsverstoß, wenn sich die zugrunde liegenden Tatsachen aus der Auftragsbekanntmachung (Nr. 2) bzw. den Vergabeunterlagen (Nr. 3) ergeben (*Senat*, NZBau 2019, 64 – Poppelsdorfer Schloss; Beschl. v. 12.10.2011 – VII-Verg 46/11, BeckRS 2011, 26031, u. *Senat*, Beschl. v. 9.4.2014 – VII-Verg 36/13, BeckRS 2015, 3532) und sie ein durchschnittlich fachkundiger, die übliche Sorgfalt anwendender Bieter als Vergaberechtsverstoß erkennen konnte (vgl. Beschl. v. 9.4.2014 – VII-Verg 36/13, BeckRS 2015, 3532). Die Erkennbarkeit bezieht sich dabei sowohl auf die den Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umstände als auch auf die Vergaberechtswidrigkeit als solche (*Senat*, Beschl. v. 9.4.2014 – VII-Verg 36/13, BeckRS 2015, 3532). Die Präklusionsbestimmungen sind gemäß ihrem Wortlaut streng auszulegen und anzuwenden, um den durch die Rechtsmittelrichtlinie der Union garantierten Primärrechtsschutz nicht einzuschränken (*Senat*, NZBau 2016, 235 – BSI). Eine Rügepräklusion kommt aus diesem Grund nur bei ins Auge fallenden Rechtsverstößen in Betracht, die einem durchschnittlich erfahrenen Bieter auch ohne dahingehende Überprüfung der Auftragsbekanntmachung bzw. der Vergabeunterlagen auffallen müssen (*Senat*, Beschl. v. 9.4.2014 – VII-Verg 36/13, BeckRS 2015, 3532). Maßgeblich ist, ob der Bieter, wenn man den Maßstab eines durchschnittlich fachkundigen Bieters anlegt, den Verstoß hätte erkennen müssen bzw. ob der Verstoß sich aufdrängte (*Summa in Heiermann/Zeiss/Summa*, juris PK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, §41 VgV).

**45**Diese Maßstäbe zugrunde gelegt, war für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter aus der Bekanntmachung in tatsächlicher Hinsicht ohne Schwierigkeiten erkennbar, dass die Vergabeunterlagen nicht über eine einzelne Internetadresse vollständig abrufbar waren, sondern die Technischen Lieferbedingungen ausschließlich über eine zweite elektronische Adresse zu erlangen waren. Auch die laienhafte rechtliche Wertung dieser Tatsache als vergaberechtsfehlerhaft konnte erwartet werden. Das Erkennen als Vergaberechtsverstoß erforderte keine die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Bieterunternehmens übersteigenden Subsumtionsfähigkeiten. § 51 I VgV statuiert in Umsetzung des Art. 53 der RL 2014/24/EU die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, die Vergabeunterlagen grundsätzlich elektronisch und „medienbruchfrei“ über eine elektronische Adresse zur Verfügung zu stellen. Gerade eine solche grundlegende Weichenstellung (so auch *Bock in Heiermann/Zeiss/Summa*, § 41 VgV Rn. 1) zur Abwicklung des Vergabeverfahrens darf bei einem durchschnittlich erfahrenen Bieter als bekannt vorausgesetzt werden. Die Argumentation der *VK*, die

Bestimmung sei so neu, dass sie noch nicht einmal der Vergabestelle bekannt gewesen sei, überzeugt nicht. Zwar kann von einem durchschnittlich erfahrenen, sorgfältigen Bieter nicht verlangt werden, dass er die Vorschriften genauso gut oder

OLG Düsseldorf: Von Amts wegen zu berücksichtigende  
Vergaberechtsverstöße – BAIUDBw(NZBau 2019, 665)

669

gar besser als die Vergabestelle kennt (vgl. *OLG München*, NZBau 2016, 63 – Unterunsbachbrücke). Jedoch kann die Nichtbeachtung grundlegender, bedeutender Vorschriften durch den öffentlichen Auftraggeber dem Bieter nicht in der Form zum Vorteil gereichen, dass er sich in einem solchen Fall auf die generell größere Expertise des Auftraggebers beruft.

**46bb)** Im Übrigen waren die oben unter a festgestellten Vergaberechtsverstöße für die Ast. nicht erkennbar.

**47**So ist die Ast. mit ihrem in der Beschwerdeschrift erhobenen Einwand, der zu den Vergabeunterlagen zählende Zeichnungssatz Nr. 4110 sei nicht uneingeschränkt und direkt abrufbar gewesen, nicht nach § 160 III 1 Nr. 2 oder 3 GWB präkludiert. Der Verfahrensverstöß ergab sich nicht aus der Auftragsbekanntmachung; er war nicht anhand der Vergabeunterlagen erkennbar.

**48**Zwar ergab sich in tatsächlicher Hinsicht aus dem Mustervertrag und den Technischen Lieferbedingungen, dass der in der Technischen Lieferbedingung 7110-0093 erwähnte Zeichnungssatz mit der Nr. 4110 gesondert angefordert werden musste und nicht über eine elektronische Adresse abrufbar war. Allerdings musste ein durchschnittlich fachkundiger Bieter darin keinen Verstoß gegen § 41 I VgV erkennen. So werden in der Rechtsprechung durchaus unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten, wie viele Zwischenschritte bis zum Erhalt einer Unterlage erlaubt sind. Hinzu kommen die in § 41 II VgV vorgesehenen Ausnahmeregelungen für einen anderen geeigneten Weg der Übermittlung. So war nicht ausgeschlossen und auf erste Sicht auch nicht erkennbar, ob die Übermittlung des Zeichnungssatzes gem. § 41 II VgV ausnahmsweise auf postalischem Weg gestattet war, etwa weil die Ag. ein besonderes Dateiformat verwenden musste, das einen direkten Abruf nicht ermöglichte.

**49**Auch mit dem festgestellten Verstoß gegen § 53 VgV ist die Ast. nicht nach § 160 III 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Der behauptete Verfahrensverstöß in den Vergabeunterlagen war in rechtlicher Hinsicht nicht erkennbar. Der Verstoß ist nicht augenfällig im Sinne der oben genannten Rechtsprechung. Abweichend von § 53 VgV durften gem. § 81 VgV Zentrale Beschaffungsstellen iSv § 120 IV 1 GWB bis zum 18.4.2017 die Übermittlung der Angebote auf dem Postweg verlangen. Gemäß § 186 II GWB ist der Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens maßgeblich für die Anwendung des jeweiligen Rechts. Die Ast. hätte zwar der Bekanntmachung entnehmen können, dass es sich bei der Ag. um eine Zentrale Beschaffungsstelle handelt (vgl. Nr. I.2). Es ist aber nicht augenfällig, dass die Ag. bei ihrer Ausschreibung im September 2017 nicht mehr auf die Übergangsvorschrift des § 81 VgV zurückgreifen durfte.

**50**Die Ast. ist schließlich nicht mit ihrer Rüge präkludiert, dass die nationale Bekanntmachung des Beschaffungsvorhabens zeitlich vor der europaweiten Bekanntmachung erfolgt ist. Dieser Verstoß ergab sich weder aus der Bekanntmachung noch aus den Vergabeunterlagen.

**51c)** Der Ast. ist kausal durch die nicht präkludierten Vergaberechtsfehler ein Schaden durch Beeinträchtigung ihrer Chancen auf Erhalt des Zuschlags entstanden.



**52**Nach ständiger Rechtsprechung des *Senats* ist ein Nachprüfungsantrag im Falle eines festgestellten Verstoßes gegen Vergaberecht nur dann unbegründet, wenn auszuschließen ist, dass es durch den Verstoß gegen Vergabevorschriften zu einer Beeinträchtigung der Auftragschancen des Ast. gekommen ist (*Senat*, NZBau 2018, 237 – Wasserinjektionsleistungen; Beschl. v. 27.9.2017 – VII-Verg 12/17, BeckRS 2017, 144378; NZBau 2017, 296 – THW-Gerätekraftwagen, u. Beschl. v. 15.6.2019 – VII-Verg 10/10, BeckRS 2010, 19462). Hier kann indes nicht festgestellt werden, dass die Ast. auch ohne die festgestellten Vergaberechtsfehler keine Chancen auf den Zuschlag gehabt hätte.

**53aa)** Es bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung, ob das Angebot der Ast. gem. § 57 I Nr. 2 VgV hätte ausgeschlossen werden müssen, weil die geforderte Prüfbescheinigung für das GS-Zeichen nicht zusammen mit dem Angebot vorgelegt worden ist und infolge dessen das Angebot keine Chancen auf den Zuschlag hatte. Selbst wenn dies der Fall sein sollte – wofür in Übereinstimmung mit den Ausführungen der *VK* einiges spricht –, steht damit nicht fest, dass die Ast. ihr Angebot auch dann ohne das geforderte GS-Zeichen eingereicht hätte, wenn die festgestellten Vergaberechtsverstöße nicht vorgelegen hätten. Die Ast. hat sowohl im Nachprüfungsverfahren vor der *VK* als auch im Beschwerdeverfahren umfassend vorgetragen, dass sich aufgrund der Verstöße gegen §§ 41 I, 10 und 40 III 1 VgV die Zeit zur Beschaffung des GS-Zeichens insgesamt erheblich verkürzt habe. Der zu liefernde Tisch habe von ihr erst hergestellt werden müssen, wobei sie mit der Herstellung nicht vor Beschaffung des erforderlichen Zeichnungssatzes habe beginnen können, dessen Beschaffung sich wiederum aufgrund der Verfahrensverstöße der Ag. erheblich verzögert habe.

**54**Diesen nachvollziehbaren Vortrag hat die Beigel. nicht zu widerlegen vermocht. Aufgrund des Verstoßes gegen § 41 VgV war bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Ast. den Zeichnungssatz von der Ag. erhalten hat, nahezu ein Drittel der Angebotsfrist abgelaufen. Die Fertigstellung eines Mustertisches war ohne den Zeichnungssatz nicht möglich. Da eine Zertifizierung erst nach Herstellung des Baumusters und nach Transport an die Zertifizierungsstelle möglich ist (vgl. § 21 I ProdSG), konnte sich die Ast. erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung um die Erlangung eines GS-Zeichens bemühen. Hinzu kommt, dass sich die Angebotsfrist für die Ast. aufgrund der beiden weiteren Vergaberechtsverstöße nochmals verkürzt hat. Die in H. ansässige Ast. hat durch die EU-weite Bekanntmachung erst einige Tage später als die im Inland ansässigen Unternehmen über die nationale Bekanntmachung Kenntnis von dem Vergabeverfahren erlangt. Auch nimmt die Postlaufzeit für EU-ausländische Bewerber erfahrungsgemäß mehr Zeit in Anspruch als die postalische Übermittlung im Inland und eine elektronische Übermittlung des Angebots.

**55**Aus dem Umstand, dass die Ast. das geforderte GS-Zeichen erst im Januar 2018 vorgelegt hat, kann entgegen der Auffassung der Beigel. nicht geschlossen werden, dass die Ast. auch ohne die Vergaberechtsverstöße der Ag. nicht in der Lage gewesen wäre, das GS-Zeichen zusammen mit dem Angebot vorzulegen. Es trifft zwar zu, dass die Ast. – wie diese in der mündlichen Verhandlung vor dem *Senat* selbst eingeräumt hat – sich im Nachgang zur Angebotsabgabe nicht mit „Nachdruck“ um die GS-Zertifizierung des Erstmustertisches bemüht hat. Hierzu bestand indes aus ihrer Sicht auch keine Veranlassung, weil die Ag. mit E-Mail vom 2.11.2017 das GS-Zeichen ohne Fristsetzung nachgefordert hatte und es vielmehr der Ast. überließ mitzuteilen, „wann sie in der Lage“ sei, das Muster vorzustellen.

**56bb)** Nichts zu ihren Gunsten kann die Beigel. daraus herleiten, dass das Angebot der Ast. nicht den technischen Anforderungen der Leistungsbeschreibung genügte und nach

§ 57 I Nr. 4 VgV zwingend auszuschließen war. Denn es steht nicht fest, dass die Ast. dasselbe Angebot auch ohne die genannten Vergaberechtsverstöße abgegeben hätte.

**57**Nach § 57 I Nr. 4 VgV müssen Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind, von der Wertung ausgeschlossen werden. Die Vergabeunterlagen sind abgeändert, wenn der vom Bieter angebotene Leistungsumfang mit dem vom Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung und den Vertragsbedingungen geforderten Leistungsumfang nicht deckungsgleich ist (*Senat*, NZBau 2017, 119 – Stiftung Humboldt Forum; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 26.6.2012 – 11 Verg 12/11, BeckRS 2012, 18676; *Wagner in Heiermann/Zeiss/Summa*, § 57 VgV Rn. 81).

**58**Das Angebot der Ast. genügte nicht den technischen Anforderungen der Leistungsbeschreibung. In Nr. 1.2.3 der Technischen Lieferbedingungen wird eine maximale Kraft pro Hubsäule von 1.200 N verlangt. Mit der Unterzeichnung des Angebotsblatts hat die Ast. zwar erklärt, im Einklang mit den Technischen Lieferbedingungen einen Tisch mit zwei Hebesäulen mit jeweils einer Hubkraft von 1.200 N Hubkraft anzubieten. In der dem Angebot beigefügten GS-Prüfbescheinigung vom 19.8.2013, die sich auf den Tisch „B. 1“ bezog, wurde eine Tragkraft von 125 KG bescheinigt, die circa 1.250 N entspricht. Die in Nr. 2.1 der Technischen Lieferbedingung TL 7110-0093 geforderten 1.200 N pro Ecke/Seite ergibt indes einen Gesamtwert von mindestens 2.400 N. Zudem weist der geprüfte Tisch „B. 1“ eine Dicke von 25 mm auf und ist in „Melamin in den Farben grauweiß, grau F509, weiß Esche, champagner Eiche, Ferrara Eiche, graue Ferrara Eiche, wenge“ beschichtet. Dies widerspricht Nr. 2.1.1 der Technischen Lieferbedingungen, wonach die Tischplatte 28 mm dick und beidseitig in Buche/Dekor beschichtet sein muss. Nach Nr. 2.5 der Technischen Lieferbedingungen müssen die Metallteile des Tisches im Farbton „RAL 7021 schwarzgrau“ beschichtet sein. Im Angebot der Ast. sind die entsprechenden Teile „grauweiß, gris 150, RAL 7045, RAL 9007, gris 2800, platin, schwarz 100“ beschichtet. Diese Widersprüche konnten auch nicht durch die geführten Aufklärungsgespräche aufgelöst werden.

**59**Aus den zutreffenden Gründen der angegriffenen Entscheidung der *VK* steht aber nicht fest, dass die Ast. ohne die Vergaberechtsverstöße der Ag. ein inhaltsgleiches Angebot abgegeben hätte. Nichts anderes ergibt sich daraus, dass die Ast. in der mündlichen Verhandlung vor dem *Senat* erklärt hat, sie halte das mit dem Angebot eingereichte GS-Zeichen für den Tisch „B. 1“ „nach damaliger und heutiger Ansicht“ für ausreichend. Hiermit wollte sie nicht zum Ausdruck bringen, dass sie das für einen anderen als den ausgeschriebenen Bürotisch ausgestellte GS-Zeichen auch ohne den durch die Vergaberechtsverstöße bewirkten Zeitdruck ihrem Angebot beigefügt hätte. Dies folgt aus ihrem bisherigen schriftsätzlichen Vorbringen. Danach wollte sie mit der Vorlage des Prüfzeichens für den Tisch „B. 1“ belegen, dass sie in der Lage sein wird, ein Prüfzeichen für den tatsächlich angebotenen Tisch zu erlangen, weil dieser Tisch – so ihre auch noch in der mündlichen Verhandlung für zutreffend gehaltene Ansicht – die von den Technischen Lieferbedingungen geforderte Hubkraft aufweise.

**60cc)** Die Ag. war entgegen der Auffassung der Beigel. nicht gem. § 60 III 1 VgV verpflichtet, den Zuschlag auf das Angebot der Ast. wegen eines unangemessen niedrigen Preises abzulehnen. Hierfür bestehen keine belastbaren Anhaltspunkte. Die Ag. hat das Angebot der Ast. wegen des großen preislichen Abstands zum Angebot der Beigel. gem. § 60 VgV einer Angemessenheitsprüfung unterzogen, indem sie die Ast. aufgefordert hat, unter Beibringung des Formulars „Aufforderung zur Einreichung einer Vorkalkulation“ den von ihr angegebenen

Selbstkostenpreis zu erläutern. Aufgrund dieser Angaben hat sie sodann die Preise überprüft und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Preise zufriedenstellend aufgeklärt worden sind. Hiergegen ist nichts zu erinnern.

**61**III. Über die beiden hilfsweise erhobenen Anschlussbeschwerden war nicht zu entscheiden, weil die Bedingung – der Erfolg der sofortigen Beschwerde der Beigel. – nicht eingetreten ist.

**62**IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 II GWB iVm § 78 GWB.

**63**Es entspricht gem. § 78 S. 2 GWB der Billigkeit, der Beigel. die durch das unbegründete Rechtsmittel verursachten Kosten aufzuerlegen, jedoch ohne die außergerichtlichen Kosten der Ag. Sie hat – ebenfalls aus Gründen der Billigkeit – ihre Kosten selbst zu tragen, denn sie hat weder in der mündlichen Verhandlung vor dem *Senat* einen eigenen Antrag gestellt, noch hat sie sich in relevantem Umfang schriftlich oder mündlich am Beschwerdeverfahren beteiligt.

**Anm. d. Red.:**

S. zum Aufgreifen von Vergaberechtsfehlern von Amts wegen auch OLG Celle, Beschl. v. 17.11.2011 – 13 Verg 6/11, BeckRS 2011, 26616; KG, Beschl. v. 15.4.2004 – Verg 2/03, u. *OLG Celle*, NZBau 2002, 400 – Hamburger Stadtentwässerung.