



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 89/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Fernwärmelieferung an die [...]“, [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Hagen aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Oktober 2018 am 15. Oktober 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb europaweit im offenen Verfahren die Lieferung von Fernwärme an die [...] für eine Dauer von 15 Jahren, zuzüglich einer einmaligen Verlängerungsoption von 5 Jahren (EU-Bekanntmachung [...]) aus.

Als Grund für die lange Laufzeit werden in der Bekanntmachung hohe Investitionskosten genannt (siehe Ziffer IV.1.3). Die Lieferung soll über eine noch zu bauende Fernwärmeleitung bis zu einer festgelegten Übergabestelle auf der Liegenschaft der Ag erfolgen. Unter Ziffer III.2.2 „Bedingungen für den Auftrag“ sieht die Bekanntmachung vor, dass ein Mindestanteil der Wärmemenge mittels erneuerbarer Energien erzeugt werden muss. Ein Bieter wird nur zur Wertung zugelassen, wenn der Kapitalwert aus dem angebotenen Wärmepreis (bestehend aus dem Jahresgrundpreis und dem Arbeitspreis) kleiner als der Betrag der Preisobergrenze in Höhe von [...]Euro ist (= Kosten des Eigenbetriebs durch die Ag). Erbringt die Ausschreibung kein wirtschaftlicheres Ergebnis als der Eigenbetrieb durch die [...], soll die Leistung nicht an einen privaten Anbieter vergeben werden. Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgen: Der Preis wird mit 60% gewichtet, CO₂-Emissionen mit 40%. Als Beginn der Wärmelieferung ist der 1. September 2019 vorgesehen (Ziffer II.2.7 der Bekanntmachung).

Als Frist für den Eingang der Angebote war zunächst der 16. August 2018 festgelegt. Mit am 20. Juli 2018 per E-Mail versandten 9. Hinweisblatt zur Ausschreibung wurde der Angebotsschlussstermin auf Antrag eines Bewerbers von der Ag auf den 30. August 2018 verschoben. Mit Hinweisblatt Nr. 12 (versandt mit E-Mail vom 27. August 2018) wurde die Angebotsfrist auf erneuten Antrag eines Bewerbers weiter auf den 27. September 2018 verschoben. Als neuer Zuschlagstermin wurde der 2. November 2018 festgelegt, der geplante Lieferbeginn für die Wärmelieferung (1. September 2019) blieb unverändert.

Die ASt rügte am 27. August 2018 mit E-Mail die zweite Verschiebung der Angebotsfrist: „Wir möchten diese erneute Verschiebung des Termins ausdrücklich rügen und bitten darum, uns die Gründe dafür mitzuteilen. [...] Eine rechtliche Prüfung der erneuten Verschiebung des Termins behalten wir uns vor“. Die Ag teilte mit Nachricht vom 28. August 2018 mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe. Sie habe dem Antrag eines Mitbewerbers auf Verlängerung des Angebotsschlussstermins stattgegeben. Der Grund für die Bewilligung sei „die Möglichkeit der Abgabe mehrerer Angebote und der Wahrung des Wettbewerbes“. Die Verlängerung der

Angebotsfrist sei eingehend geprüft und unter Beachtung aller vergaberechtlichen Aspekte gewährt worden.

Die ASt gab am 28. August 2018 ein Angebot ab. Zum verlängerten Angebotsschlussstermin am 27. September 2018 gingen (einschließlich des Angebots der ASt) drei Angebote bei der Ag ein.

2. Die ASt beantragte mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 10. September 2018 bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 11. September 2018 übermittelt.
 - a) In ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend, dass die Ag mangels einer Ermächtigungsgrundlage die Angebotsfrist nicht auf den Antrag eines potentiellen Bieters hin verlängern durfte.

Der ASt drohe nicht nur ein Schaden, weil sich ihre Zuschlagschance durch Teilnahme eines weiteren Bieters verringere, sondern auch aus dem Umstand, dass die Verschiebung der Angebotsfrist ohne Verschiebung des Beginns der Wärmelieferung erfolgt sei.

Die Frist für die Angebotsabgabe betrage im offenen Verfahren gemäß § 15 Abs. 2 VgV mindestens 35 Tage. § 20 VgV sehe für den Umgang mit Fristen ein zweistufiges System vor: Die erstmalige Bestimmung der Angebotsfrist und die Voraussetzungen für eine Verlängerung. Nach § 20 Abs. 1 VgV habe der Auftraggeber bei der Festlegung der Angebotsfrist die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen. Hintergrund der Regelung sei das Spannungsverhältnis zwischen der erwünschten Beschleunigung des Vergabeverfahrens auf der einen Seite und der gebotenen Gewährleistung eines Zeitraums, der den potentiellen Bietern die Vorbereitung der zutreffend kalkulierten Angebote ermögliche, auf der anderen Seite. Die ASt verweist auf Erwägungsgrund 80 der Richtlinie 2014/24/EU. Die Verlängerung der ursprünglich festgelegten Angebotsfristen sei nur in den engen Grenzen des § 20 Abs. 3 VgV ausnahmsweise zulässig. Einer der genannten Ausnahmefälle sei hier nicht gegeben. Der Umstand, dass ein potentieller Bieter die Gebotsfrist nicht einhalten könne, berechne den Auftraggeber nicht zur Verlängerung der Frist. Vorliegend sei die Angebotsfrist statt der Mindestfrist von 35 Tagen wegen der Besonderheiten des Vergabeverfahrens auf 117 Tage bestimmt worden. Diese Frist sei keinesfalls unangemessen gewesen. Sie habe jedem ernsthaft an der Ausschreibung Interessierten ausreichend Zeit zur Erstellung eines

Angebots gewährt. Eine gesetzliche Grundlage für die hier gewährte Fristverlängerung liege nicht vor. Es gebe auch keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach die Ag zu einer Verlängerung der Angebotsfrist „im Bedarfsfall nach pflichtgemäßen Ermessen“ berechtigt sei. Die Fristverlängerung sei ein Hoheitsakt und belaste die weiteren potenziellen Bieter, weil deren Zuschlagschancen geringer würden. Tatsächlich diene die Verlängerung der Angebotsfrist nicht dem Wettbewerb, sondern verzerre ihn. Die Ag lasse den zwingenden Ausschlussgrund nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV faktisch ins Leere gehen.

Selbst wenn man von einem Ermessen der Ag ausgehen würde, liege hier zumindest ein Ermessensfehler vor. Die gesetzlich geregelte Mindestfrist sei bereits mit der ursprünglichen Frist mehr als dreimal so lang überschritten worden.

In den bilateralen Gesprächen mit dem betroffenen Bieter, der die Fristverlängerung bewirkt habe, sieht sie einen Verstoß gegen das Verhandlungsverbot gemäß § 15 Abs. 5 Satz 2 VgV. Die Verlängerung der Angebotsfrist diene nicht dem Wettbewerb, sondern verzerre ihn. Letztlich habe sich die Ag durch den in den Vergabebedingungen bestimmten Höchstpreis dagegen geschützt, dass der Zuschlag auf ein Angebot mit unangemessen hohen Preis falle. Damit habe die Ag von vornherein die naheliegende Möglichkeit berücksichtigt, dass nur wenige oder sogar nur ein Bieter fristgerecht Angebote einreichen.

Durch die fehlende Anpassung des Liefertermins für die Wärmelieferung verringere sich zudem für den bezuschlagten Bieter die zur Verfügung stehende Zeit für die Bereitstellung der Infrastruktur und Absicherung aller Parameter für die Wärmelieferung.

Die ASt beantragt zuletzt,

1. die Verlängerung der Angebotsfrist in dem Vergabeverfahren „Wärmelieferung an den Standort [...]“ ([...])“ auf den 27.09.2018 für unwirksam zu erklären und aufzuheben,
2. hilfsweise, den Bieter, der die Verlängerung der Angebotsfrist in dem Vergabeverfahren „Wärmelieferung an den Standort [...]“ ([...])“ beantragt hat, sowie jedes mit dem Kraftwerk dieses Bieters bzw. dem Standort für ein Kraftwerk dieses Bieters zusammenhängende Gebot vom laufenden Vergabeverfahren auszuschließen.

b) Die Ag beantragt,

1. die Anträge der Antragsschrift vom 10. September 2018 zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens sowie ihrer Aufwendungen aufzuerlegen.

Der Nachprüfungsantrag ist nach Auffassung der Ag unbegründet. Die Angebotsfrist sei aufgrund eines Antrags zu verlängern gewesen.

Neben den in § 20 Abs. 3 VgV normierten Fällen könne der Auftraggeber die Angebotsfrist im Bedarfsfall nach pflichtgemäßen Ermessen verlängern. Vorliegend sei die Fristverlängerung aus sachgerechten Gründen und somit ermessensfehlerfrei erfolgt. Die Fristverlängerung sei auf Antrag eines Bieters gewährt worden, der bei der Auftragsplanung der Fernwärmeleitung technische Schwierigkeiten geltend gemacht habe. Vorliegend handele es sich um einen komplexen Auftrag, der von den Bietern eine genaue Planung voraussetze. Die Fernwärmeleitung sei bis an die Stelle der Liegenschaft zu errichten, die zugehörigen Wärmetauscher sowie die Messeinrichtungen und die Regelarmaturen seien durch den Auftragnehmer zu finanzieren. Im Rahmen der Vorbereitung müssten die Bieter umfangreiche Vorarbeiten u.a. auch durch externe Dritte leisten und gegebenenfalls Dienstbarkeiten bestellen. Aufgrund der lokalen Gegebenheiten sei nicht mit vielen Angeboten zu rechnen. Um einen Wettbewerb zu ermöglichen, sei daher der Bitte nach einer Fristverlängerung entsprochen worden. Die Möglichkeit einer Fristverlängerung ergebe sich auch aus Erwägungsgrund 81 der Richtlinie 2014/24/EU zu Art. 47.

Die konkreten vom Bieter geltend gemachten Gründe für den Antrag seien wegen der darin enthaltenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht bekannt gegeben worden. Ein Nachteil für andere Bieter ergebe sich daraus nicht.

In der mündlichen Verhandlung am 4. Oktober 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Sie gab in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll, dass sie die Nichtverschiebung des Lieferbeginns der Wärmelieferung nicht gerügt habe und dies auch nicht zum Gegenstand ihrer Anträge mache. Mit Schriftsatz vom 5. Oktober 2018 teilte die ASt nach der mündlichen Verhandlung nochmals „klarstellend“ mit, dass sie die Nichtverschiebung des Lieferbeginns nach Verlängerung der Gebotsabgabefrist nicht gerügt habe. Sie gehe trotz des verschobenen Zuschlagstermins davon aus, den festgelegten Lieferbeginn einhalten zu können.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der teilweise zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig.

- a) Die ASt ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB, was die Verlängerung der Angebotsfrist anbelangt, antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots bekundet. Indem sie sich mit dem Nachprüfungsantrag gegen eine ihrer Ansicht nach vergaberechtswidrige Verlängerung der Angebotsfrist wendet, macht sie auch eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend.
- b) Der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist die ASt mit ihrem E-Mail-Schreiben vom 27. August 2018 nachgekommen. Dies gilt jedenfalls im Hinblick auf die von ihr bemängelte zweite Verlängerung der Angebotsfrist.

Ob es hingegen bezüglich der im Nachprüfungsverfahren von dem Verfahrensbevollmächtigten der ASt (Seite 5 des Nachprüfungsantrags) zusätzlich beanstandeten Verkürzung der Ausführungsfrist (Beginn der Wärmelieferung) an einer entsprechenden Rüge fehlt, kann vorliegend offen bleiben.

Grundsätzlich muss der Rüge eine konkrete vergaberechtliche Beanstandung zu entnehmen sein. Die Vergabestelle muss aus der Rüge erkennen können, dass der Bieter ein bestimmtes, näher zu bezeichnendes Verhalten als vergaberechtswidrig tadelt und Abhilfe erwartet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2006, VII-Verg 77/05). Vorliegend hatte die zum Zeitpunkt der Rüge anwaltlich noch nicht beratene ASt ausdrücklich nur die erneute Verschiebung der Angebotsfrist gerügt. Allerdings hatte sie sich eine rechtliche Prüfung der Verschiebung der Frist vorbehalten. Es spricht viel dafür, dass sich diese Rüge auch auf den Beginn der Ausführungsfrist (= Zeit zwischen Zuschlag und Beginn der Lieferpflicht) erstreckt. Denn die Beanstandung einer Verlängerung der Angebotsfrist beinhaltet auch das Begehren nach einer unveränderten Ausführungsfrist. Dies versteht sich von selbst, da nur im Fall einer Nichtverlängerung der Angebotsfrist auch die längere Frist zwischen Zuschlag und Beginn der Lieferpflicht

erhalten bleibt. Zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes werden in der Regel nur geringe Anforderungen an den Inhalt der Rüge gestellt. So soll auch der rechtlich unerfahrene Bieter rügen können, ohne anwaltliche Hilfe hinzuziehen zu müssen. Der Bieter muss zumindest Indizien oder tatsächliche Anhaltspunkte darlegen, welche seinen Verdacht hervorgerufen haben, dass es zu einem Vergaberechtsfehler gekommen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2011, Verg 58/10). Insoweit hat die ASt den hier relevanten Sachverhalt – Verschiebung der Angebotsfrist unter Einschluss der dadurch verkürzten Lieferfrist – als vergaberechtswidrig bemängelt. Eine Entscheidung zur Rüge des verkürzten Vertragsbeginns kann jedoch offen bleiben. Denn die ASt hat in ihrem Nachprüfungsantrag jedenfalls nicht hinreichend dargelegt, dass ihr aus der nicht erfolgten Verlängerung des Vertragsbeginns ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB entstehen kann; ihr fehlt somit die Antragsbefugnis. Sie hat in der mündlichen Verhandlung noch zurückhaltend, dafür aber im nachfolgend eingereichten Schriftsatz deutlich darauf verwiesen, dass sie den Liefertermin zum 1. September 2019 einhalten könne. Damit hat sie unmissverständlich erklärt, dass ihr an der Verkürzung des Zeitraums zwischen Zuschlag und Vertragsbeginn keinerlei Schaden droht.

- c) Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die Ag durfte die ursprünglich gesetzte Angebotsfrist bis zum 27. September 2018 im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens verlängern. Einer gesonderten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zur Verlängerung der ursprünglich gesetzten Angebotsfrist bedurfte es nicht (unter a). Ermessensfehler sind nicht ersichtlich; die Ag hat auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt (unter b). Ein Verstoß gegen das Verhandlungsverbot liegt in der Berücksichtigung von Bieterfragen nicht vor (unter c).
- a) Die Ag war grundsätzlich befugt, über eine Verlängerung der Angebotsfrist im Rahmen ihres Ermessensspielraums zu entscheiden. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Fallgruppe des § 20 Abs. 3 VgV vorliegt.
 - (1) Die vom Auftraggeber festgesetzte Angebotsfrist ist – entgegen der Auffassung der ASt – kein öffentlich-rechtlicher Hoheitsakt. Im Vergabeverfahren handelt der Auftraggeber fiskalisch; er ist vor allem gehalten, möglichst wirtschaftlich

einzukaufen. Dementsprechend ist die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Gleiches gilt für alle im Vergabeverfahren vorgenommenen Handlungen des Auftraggebers. Sie stellen kein öffentlich-rechtliches Handeln dar, sondern sind nach vergaberechtlichen Normen zu beurteilen. Insoweit ergibt sich ein deutlicher Unterschied des Vergabeverfahrens zu öffentlich-rechtlichem Verwaltungshandeln. So ist die Angebotsfrist als Ausschlussfrist gestaltet, die bei einem Überschreiten zu einer Nichtberücksichtigung der entsprechenden Angebote nach § 57 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VgV führt. Anders als nach zivil- oder verwaltungsprozessualen Normen ist bei einem Verstreichen dieser Frist beispielsweise eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgeschlossen (vgl. VK Bund, Beschluss vom 26. September 2001, VK 2 - 30/01). Die Angebotsfrist nach § 20 VgV ist deshalb mit Fristen in Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren nicht vergleichbar (vgl. Rechten in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 2017, § 20 Rn. 11).

- (2) § 20 VgV steht der Entscheidung der Ag über eine Verlängerung der Angebotsfrist nicht entgegen. Einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage für die Verlängerung der einmal festgelegten Angebotsfrist bedarf es nicht.

§ 20 Abs. 1 VgV stellt die grundlegenden Kriterien für eine ordnungsgemäße Fristenberechnung auf. Danach sind vom Auftraggeber bei der Festlegung der Fristen für den Eingang der Angebote und Teilnahmeanträge die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen. Daneben sind für die verschiedenen Verfahrensarten nach §§ 15 bis 19 VgV verschiedene Mindestfristen zu beachten. So hat im offenen Verfahren die Frist für den Eingang der Angebote gemäß § 15 Abs. 2 VgV mindestens 35 Tage zu betragen. Grundsätzlich gilt im Vergabeverfahren, dass im Hinblick auf Beschleunigung und Effizienz der Beschaffung die Fristen für Teilnahmeanträge und Angebote so kurz wie möglich gehalten werden sollen, ohne unzulässige Hürden für Wirtschaftsteilnehmer zu schaffen (vgl. Erwägungsgrund 80 zu Art. 47 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU, umgesetzt in § 20 Abs. 1 VgV).

Die EU-Richtlinie hat an dieser Stelle aber auch klargestellt, dass die Notwendigkeit, sicherzustellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer über genügend Zeit für die Erstellung entsprechender Angebote verfügen, möglicherweise dazu führen kann, dass die ursprünglich festgelegten Fristen verlängert werden müssen (vgl. Erwägungsgrund 81 der Richtlinie 2014/24/EU). Art. 47 Abs. 3 der Richtlinie

2014/24/EU regelt insoweit zwei Fallgruppen, in denen eine Verlängerung der ursprünglichen Frist zwingend zu erfolgen hat. § 20 Abs. 3 VgV setzt dies in innerstaatliches Recht um. Die Angebotsfrist ist danach zwingend zu verlängern, wenn durch die Vergabestelle zusätzliche Informationen zur Verfügung gestellt werden oder wenn der öffentliche Auftraggeber wesentliche Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt. Die Fristverlängerung muss in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Information oder Änderung stehen und gewährleisten, dass alle Unternehmen Kenntnis von den Informationen oder Änderungen nehmen können, § 20 Abs. 3 Satz 2 VgV.

- (3) Im Umkehrschluss ergibt sich aber aus der zwingenden Verlängerung der Angebotsfrist in § 20 Abs. 3 VgV kein bieterschützendes Recht auf Nichtverlängerung der Angebotsfrist in möglichen weiteren Fällen.

Ob § 20 Abs. 3 VgV zu einer Beschränkung der Entscheidungsbefugnis des Auftraggebers führt, aus anderen Gründen eine Verlängerung der Angebotsfrist anzuordnen, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Für die Auslegung von Gesetzen ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 21. März 2018, VIII ZR 104/17). Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen.

Aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 3 VgV allein, nämlich der zwingenden Anordnung einer Verlängerung, kann nicht auf den Ausschluss einer fakultativen Verlängerung geschlossen werden. Vielmehr ist zur Ermittlung des Willens des Gesetzgebers auch auf die Gesetzesmaterialien und Sinn und Zweck der Norm abzustellen. So wird in der EU-Richtlinie grundsätzlich auf die Möglichkeit verwiesen, dass die ursprünglich festgesetzten Fristen zur Vermeidung unzulässiger Hürden für die Teilnahme verlängert werden müssen. Für zwei Fallgruppen, die in der Sphäre des Auftraggebers begründet liegen, wird eine Pflicht zur Verlängerung geregelt. Aufgrund der gewählten Formulierungen („Dies wäre insbesondere der Fall“, „Dies könnte insbesondere dann der Fall sein“, Erwägungsgrund 81 der Richtlinie 2014/24/EU) wird aber deutlich, dass weitere Fallkonstellationen denkbar sind. Hier

ist beispielsweise an Einflussfaktoren zu denken, die der Auftraggeber gerade nicht selbst zu verantworten hat. Auch aus Sinn und Zweck der Regelung zur angemessenen Fristberechnung und -festlegung lässt sich eine solche Auslegung ableiten. Da der Auftraggeber die Teilnahme- bzw. Angebotsfrist bereits in einem frühen Stadium des Vergabeverfahrens festlegen und mittels Bekanntmachung publizieren muss, ist es nicht unwahrscheinlich, dass während des Vergabeverfahrens neue Sachverhalte auftreten, die über § 20 Abs. 3 VgV hinausgehend eine Fristverlängerung notwendig machen können (so auch Rechten in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, § 20 Rn. 23, 41; Völlink in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 20 VgV, Rn. 25).

Festzustellen ist, dass eine nicht ausreichende Frist gegebenenfalls im erforderlichen Umfang verlängert werden kann (so auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 12. Januar 2010, Verg W 5/09). Die Verlängerungsentscheidung muss sich im Rahmen sachgerechter Ermessensausübung bewegen und ist auf entsprechende Fehler hin im Nachprüfungsverfahren überprüfbar.

- b) Eine Überschreitung des der Ag zustehenden Ermessensspielraums ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Die Verlängerung der Angebotsfrist verstößt auch nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB).

Die Entscheidung der Ag über die Verlängerung der Angebotsfrist kann nur dahingehend überprüft werden, ob sie bei der Verlängerung der Angebotsfrist die Grenzen des Ermessens eingehalten hat und ob nicht sachfremde oder willkürliche Motive für die Bestimmung maßgebend gewesen sind (vgl. allgemein BGH, Urteil vom 5. Dezember 2012, IV ZR 110/10). Bei der Entscheidung über eine Verlängerung der Angebotsfrist darf der Auftraggeber beispielsweise berücksichtigen, welchen Umfang Antworten auf Bieterfragen einnehmen; er darf die Komplexität von Sachverhalten berücksichtigen. Auch darf er einbeziehen, ob und gegebenenfalls welches Risiko besteht, dass ein Nachprüfungsverfahren wegen einer von ihm abgelehnten Verlängerung der Angebotsfrist oder wegen einer zu kurz bemessenen Verlängerung eingeleitet wird (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 12. Januar 2009, Verg W 5/09).

Die Grenze sachgerechter Ermessensausübung ist bei der Entscheidung über die Verlängerung der Angebotsfrist durch den Auftraggeber erst dann überschritten, wenn sachfremde Erwägungen bei dieser Entscheidung eine Rolle spielen. Eine solche sachfremde Erwägung wäre dann zu bejahen, wenn einem „bestimmten“ präferierten Bieter noch die fristgerechte Abgabe eines Angebotes ermöglicht werden soll, wie die

ASt vermutet. Eine solche Vorgehensweise liefe auf eine Umgehung des § 57 Abs.1 Nr. 1 VgV und damit eine vergaberechtswidrige Manipulation des Ergebnisses des Vergabeverfahrens hinaus.

Anhaltspunkte für eine eventuelle Bevorzugung eines bestimmten Bewerbers sind aus den Vergabeunterlagen und aus den im Nachprüfungsverfahren, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, vorgetragenen Umständen aber nicht ersichtlich. Unstreitig handelt es sich bei der ausgeschriebenen Fernwärmelieferung an den Standort der Ag um einen komplexen Auftrag. Aufgrund der Tatsache, dass die Ag die Energieversorgung ihrer Liegenschaft bisher selbst betrieben hat, ist neben der eigentlichen Hauptleistung die Planung und der Bau einer entsprechenden Fernwärmeleitung Bestandteil dieser Ausschreibung. Aufgrund der komplexen Sachlage hatte die Ag bereits eine verhältnismäßig lange Angebotsfrist von 117 Tagen veranschlagt. Aufgrund der im Rahmen von Bieterfragen zur Kenntnis gelangten Schwierigkeiten bei der Planung der Fernwärmetrasse hat die Ag zunächst eine kurze (zwei Wochen) und dann eine weitere Verlängerung der Angebotsfrist um etwa vier Wochen verfügt. Die Überlegungen der Ag zur Gefahr einer Einschränkung des Wettbewerbs sind angesichts der Komplexität der Planung nachvollziehbar. So trägt das die Verlängerung der Angebotsfrist beantragende Unternehmen technische Schwierigkeiten und daraus resultierende Verzögerungen bei der Angebotskalkulation vor. Tatsächlich stellen sich für am Auftrag interessierte Unternehmen aufgrund ihrer jeweiligen Distanz zu der Liegenschaft unterschiedlich große technische und finanzielle Hürden für die Kalkulation auf. Unstreitig ist nach den Unterlagen in der Vergabeakte – in der mündlichen Verhandlung von der ASt bestätigt –, dass die Anlage der ASt der zu versorgenden Liegenschaft geographisch am nächsten gelegen ist. Ihre Leitung hat daher eine relativ kurze Strecke bis zum Gelände der Ag (teilweise auch unter Nutzung eines eigenen Grundstücks der Ag) zu überbrücken. Andere Bieter hingegen müssen – zum Teil erheblich – längere Trassenstücke planen und kalkulieren. Die Ag musste aufgrund der eingehenden Bieterfragen befürchten, dass sie nur wenige Angebote, möglicherweise nur ein einziges Angebot erhalten würde. Vor dem Hintergrund mutmaßlich ungleich verteilter Lasten kann die Überlegung der Ag, die Angebotsfrist um nochmals vier Wochen zu verlängern, daher nicht als sachwidrig angesehen werden. Mit der Verlängerung hat die Ag vielmehr eine größere Anzahl von Angeboten, mithin einen größeren Wettbewerb um den Auftrag, angestrebt. Tatsächlich gingen zum

Schlussstermin nicht nur zwei, sondern sogar drei Angebote ein. Eine gezielte Benachteiligung der ASt kann darin nicht gesehen werden.

Selbst die Tatsache, dass dadurch der antragstellende Bieter die Gelegenheit bekam, ein Angebot fristgerecht abzugeben, ist hier kein Indiz dafür, dass die Ag einen „bestimmten“ Bieter präferiert hat. Vielmehr bestand angesichts der Komplexität des Vorhabens für die Ag durchaus ein Risiko dahingehend, dass ein Nachprüfungsverfahren wegen einer von ihr abgelehnten Verlängerung der Angebotsfrist oder wegen einer zu kurz bemessenen Verlängerung eingeleitet wird.

Die Ag hat mit der hier verfügten Verlängerung der Angebotsfrist ihr Ermessen jedenfalls ohne erkennbaren Fehler ausgeübt. Aus den vorgenannten Gründen ist die Verlängerung der Angebotsfrist auch verhältnismäßig im Sinne von § 97 Abs.1 Satz 2 GWB.

- c) Ein Verstoß gegen das Verhandlungsverbot gemäß § 15 Abs. 5 Satz 2 VgV liegt in der Reaktion auf Bieterfragen nicht vor. Das Verhandlungsverbot erstreckt sich auf eine spätere Phase des Vergabeverfahrens. Nach erfolgter Angebotsabgabe sind jegliche Änderungen des Angebots in technischer und preislicher Hinsicht unzulässig. Vorliegend hat die Ag hingegen vor Angebotsabgabe aufgrund von zulässigen Bieterfragen hin, mit Hinweisblatt Nr. 12 die Verlängerung der Angebotsfrist allen Bietern transparent mitgeteilt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 GWB.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer 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 unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Brauer