

Leitsätze:

1. Hat die Antragstellerin erst nach Einsicht in die Vergabeakten von einem potenziellen Vergaberechtsverstoß erfahren, kann insofern das entsprechende Vorbringen der Antragstellerin (das sich hier darauf bezieht, dass widersprüchliche Angaben der Beigeladenen vorgelegen haben) nicht von der Präklusionswirkung des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB erfasst sein.
2. Eine Nichtabhilfemitteilung einer Vergabestelle gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB liegt dann vor, wenn diese inhaltlich mitteilt, den geltend gemachten Vergaberechtsverstößen nicht abhelfen zu wollen. Hat die Vergabestelle sich indes nicht zum Inhalt der Rüge positioniert, sondern erklärt, sie habe die Rüge zur Kenntnis genommen und werde die Eignungsprüfung erst noch durchführen, so ist dies nicht als Zurückweisung einer Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB zu bewerten.
3. Hat ein Bieter widersprüchliche Preisangaben gemacht und damit nicht die geforderten Preise angegeben, ist sein Angebot gemäß §§ 16a Abs. 2 Satz 2, 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU vom Vergabeverfahren auszuschließen.
4. Die Auslegung der von den Bietern abgegebenen Angebote kann immer nur nach dem objektiven Empfängerhorizont erfolgen, nicht aber einer Vergabestelle die Kompetenz einräumen, zu entscheiden, welche für sich gesehen eindeutigen Angaben eines Bieters sie als solche anerkennt und welche nicht.
5. Der Tatbestand des § 15 VOB/A-EU, der eine Angebotsaufklärung in engen Grenzen erlaubt, darf schon aus teleologischen Gründen bei widersprüchlichen Preisangaben nicht einschlägig sein, da dies nachträgliche Manipulationsmöglichkeiten eröffnet und so den Wettbewerbsgrundsatz verletzen könnte.

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte:
.....
(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene:
Bevollmächtigte:
.....
(Beigeladene - BGI)

Vorhaben: – **Thekenanlagen**

Vergabeverfahren: **Offenes Verfahren**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 27.01.2020 am 31.01.2020 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht wird die Vergabestelle verpflichtet, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen und das Angebot der Beigeladenen auszuschließen.
2. Die Vergabestelle und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin je zur Hälfte.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen. Die Vergabestelle ist von der Zahlung dieser Gebühr befreit.

Sachverhalt:

1.

Die Vergabestelle schrieb die Beschaffung von Thekenanlagen im Rahmen der einschließlich Wartungsleistungen im Offenen Verfahren europaweit aus. Die Auftragsbekanntmachung wurde am xx.xx.xxxx im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis, siehe Ziff. II.2.5) der Auftragsbekanntmachung.

In der Auftragsbekanntmachung war hinsichtlich der Eignungskriterien unter Ziff. III.1.1), III.1.2) und III.1.3) jeweils das Formblatt 124 direkt verlinkt. Dort war unter anderem aufgeführt:

Eintragung in das Berufsregister ihres Sitzes oder Wohnsitzes

- Ich bin/Wir sind im Handelsregister eingetragen
 Ich bin/wir sind nicht zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet

Falls mein/unser Angebot in die engere Wahl kommt, werde(n) ich/wir zur Bestätigung meiner/unserer Erklärung vorlegen:
Gewerbeanmeldung, Handelsregisterauszug und Eintragung in der Handwerksrolle bzw. bei der Industrie- und Handelskammer.

Bestandteil der Vergabeunterlagen waren diverse Formblätter sowie ein Musterwartungsvertrag, überschrieben mit „Vertrag für Wartung und Inspektion (Wartung 2018)“, jeweils von den Bietern auszufüllen und einzureichen:

- Im Formblatt 211 EU (Aufforderung zur Abgabe eines Angebots EU – Einheitliche Fassung) war unter C) festgelegt, dass das „Vertragsformular für Instandhaltung: **Wartung 2018**“ mit dem Angebot einzureichen ist.
- Im Formblatt 213.H (Angebotsschreiben – Einheitliche Fassung) war bei „Anlagen, die Vertragsbestandteil werden“ lediglich von der Vergabestelle der Punkt Leistungsverzeichnis angekreuzt, die restlichen möglichen Punkte waren vom jeweiligen Bieter anzukreuzen. Weiter war unter Ziff. 2 die „Angebotsendsumme des Hauptangebots gemäß Leistungsbeschreibung einschl. Umsatzsteuer“ und unter Ziff. 2.1 die „Gesamtsumme der jährlichen Vergütung gemäß Instandhaltungsvertrag einschl. Umsatzsteuer“ vom Bieter anzugeben.
- Im Formblatt 242.H (Instandhaltung) war unter Ziff. 2 festgelegt: „Gegenstand des Angebots sind sowohl die Erstellung der Anlage als auch deren Inspektion, Wartung“. Laut Ziff. 4 wird bei der Angebotswertung die vertraglich vorgesehene Laufzeit zugrunde gelegt. Unter Ziff. 4 befand sich zudem der Hinweis, dass bei Nichtwertbarkeit des Angebotsteils Instandhaltung das Angebot insgesamt ausgeschlossen würde.

- Im Vertrag für „Wartung und Inspektion (Wartung 2018)“ selbst war unter Ziff. 1 als Vertragsgegenstand „Wartung und Inspektion [...] sowie kleine Instandsetzungsarbeiten“ fixiert. Laut Ziff. 2.2 sind Instandsetzungsarbeiten nur zu leisten, soweit sie „zur Wiederherstellung des Sollzustands unerlässlich [sind], nicht ohnehin in der Arbeitskarte erfasst sind und den normalerweise zu erwartenden Zeitaufwand für die Wartung nicht erhöhen“. Unter Ziff. 5.1 war die jährliche Vergütung anzugeben. Die Laufzeit des Vertrages beläuft sich nach Ziff. 8.1 zunächst auf 4 Jahre und verlängert sich um ein weiteres Jahr, wenn nicht der Vertrag spätestens 3 Monate vor Ablauf gekündigt wird.

2.

Im Leistungsverzeichnis war unter dem Stichwort „Wartung / Instandhaltung“ verlangt: „Der Bieter hat zusammen mit dem Angebot für die Erstellung der Anlage mit dem beigefügten Vertragsmuster auch ein Angebot für die Wartung/ Instandhaltung abzugeben. Beide Angebote werden gewertet. Die Wertung des Vertrags erfolgt für 4 Jahre.“

Zudem waren dort auch folgende Angaben zu finden:

bauseitige Schnittstellen und Liefergrenzen

bauseitige Schnittstellen und Liefergrenzen:

Die Einzelgeräte und Anlagen sind:

- zu liefern
- gemäß nachfolgender Schnittstellendefinition anzuschließen und in Betrieb zu nehmen.

Gewerk: Thekenanlage

Lieferung und Montage:

komplett durch Küchenfirma

Besonderheit:

- Elektroanschlüsse durch Küchenfirma
- Sanitäranschlüsse durch Küchenfirma
- Küchenfirma liefert und montiert je Thekenteil eine Unterverteilung mit Klemmen, Sicherungsautomaten, FI- Schutzschalter in UV-Theke für Steckdosen.

FI-Schutzschalter in UV Elektro entweder selektiv oder entfallen lassen.

- Elektrozuleitungen, Datenleitungen, Steuerleitungen usw. aus dem Boden über Rohrhülsen mit Überlänge durch Elektrofirma
- Sanitärzuleitungen durch Rohrhülsen mit Absperrventilen durch Sanitärfirma

Elektroanschlüsse und Verkabelungshinweise

Das Elektrokabel wird bauseitig durch ein Futterrohr an Boden, Wand, Decke oder von der Decke

geführt. Dieser Ort sowie die Länge des Kabelendes ist durch den Auftragnehmer vorzugeben. Je

Gerät wird die Energie nur einmal zugeführt.

Die Kabeleinführung, die Weiterführung bis zu den Geräteanschlußklemmen interne

Verkabelung
ab Geräteschalterschrank, inkl. Geräteanschluß ist Sache des Auftragnehmers.
Weiterhin gilt:
Grundsätzlich sind Leistungsschütze im Gerät einzubauen (Abweichungen nur nach
Absprache mit
Fachplaner und Planer von Gewerk Elektro möglich bzw. wenn Gerätehersteller
dieses unabdingbar
vorschreiben), eEbenso alle zum klaglosen und sicheren Betrieb der Geräte
notwendigen
Elektroelemente (Steuerschalter, Reparaturschalter, Motorschutzschalter etc.).
Jedes festeingebaute Gerät erhält zusätzlichen Potentialausgleich durch eine
eingebaute
Erdanschlußklemme.
Schutzmaßnahme: TN-S (mit separat geführtem N- und PE-Leiter).
Alle Einrichtungssteckdosen werden über FI-Schutzschalter, Nennfehlerstrom 30
mA, geschützt.
Haben Geräte eingebaute Unterverteilungen, werden die Steckdosen dort einzeln
über
mitzuliefernde FI-Schutzschalter gesichert.

Sanitäranschlüsse
Anschlußleitungen für Kaltwasser, Warmwasser, Weichwasser, Abwasser werden
durch ein
Futterrohr (bauseits) an Boden oder Wand geführt.
Jedes Medium wird je Gerätegruppe nur einmal zu- oder abgeführt. Abwasser wird
ca. 100 mm
üOKFFB installiert.
Die weiterführende Verrohrung, sowie die geräteinterne Verrohrung, sowie
Anschluß ist Sache des
Auftragnehmers. Wasserleitungen aus CNS.
Interne Abflußleitung, Ablaufgarnituren einschließlich Abwasseranschluß ist
Sache des
Auftragnehmers. Anschluß ist Sache des Auftragnehmers..

Zur Verfügung stehende Energie und Medien
Elektrische Energie:
Drehstrom 400 V 50Hz
Wechselstrom 230V 50Hz

Wasser (4,5 bar):
43°dH Gesamthärte
15,1 °dH Carbonathärte

Trinkwasser kalt 10°C
Trinkwasser warm 60°C im Normalbetrieb
Trinkwasser warm 75°C in Legionellenschaltung
Kaltwasser weich 0-3°dH 10°C
Warmwasser weich 0-3°dH 60°C
Dampf Niederdruckdampf 0,5 bar Druckminderer und Rohrtrenner sind im
Lieferumfang Auftragnehmer enthalten.

Kondensatableiter sind durch Auftragnehmer mitzuliefern und einzubauen.
Elektromotorische Dampffregelventile sind mitzuliefern und einzubauen.
Überschubrohre/ Rohrdurchführungen durch Auftragnehmer.

Temperaturen
Die in den Montagezeichnungen eingetragene Wärmeentwicklung der Geräte und die
geforderte maximale Gehäusetemperatur sind für den laufenden Betrieb
(Dauereinsatz) zu garantieren. Die Geräte sind so zu konstruieren und zu
isolieren, daß an den offen zugänglichen Oberflächen der Verkleidung keine
Temperaturen von über 45°C auftreten. An unvermeidlichen Übergangsstellen sind
in den Randzonen max.60°C Oberflächentemperatur zugelassen.

In den Positionen 01.01.0006 und 01.01.0026 war unter anderem jeweils ein gasbetriebenes
Gerät aufgeführt.

3.

Vier Bieter gaben ein Angebot ab, darunter die Antragstellerin sowie die Beigeladene.

Im Angebot der Beigeladenen findet sich im Formblatt 213.H unter Ziff. 2.1 der Eintrag „0,00
€“, im Wartungsvertragsmuster unter Ziff. 5.1 bei „Brutto-Vergütung pro Jahr“ der Eintrag
„xxxx,xx €“.

Ausweislich der Niederschrift über die (Er)Öffnung der Angebote gemäß Formblatt 313.2
wurde beim Angebot der Beigeladenen und einem weiteren Bieter der Preisanteil für den War-
tungsvertrag nachgetragen.

Das Angebot der Beigeladenen lag im Ergebnis preislich an erster Stelle, das der Antragstellerin lag auf Platz 2.

Eine weitere Prüfung des Angebots wurde anschließend nur bei der Beigeladenen durchgeführt, da diese das preislich günstigste Angebot abgegeben hat.

4.

Mit Schreiben vom 13.10.2019 rügte die Antragstellerin, dass die Vergabestelle die angegebenen Preise angepasst habe. Dies sei vergaberechtswidrig. Der Vergabestelle sei es verwehrt, solcherlei fehlende Eintragungen nachzuholen oder anderweitig zu ersetzen. Die beiden betroffenen Angebote müssten deshalb aufgrund unvollständiger Preisangaben ausgeschlossen werden.

Ferner bestünden erhebliche Bedenken hinsichtlich der Fachkunde der Beigeladenen. Ausweislich ihrer Präsentation im Internet erbringe diese lediglich Leistungen im Bereich der Kältetechnik. Referenzen, die mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar seien, wären dort jedenfalls nicht aufgeführt. Zudem seien laut Leistungsbeschreibung die zu liefernden Bauteile und Geräte anzuschließen, in Betrieb zu nehmen und jährlich zu warten. Hierfür sei nach den gesetzlichen Regelungen eine Eintragung in die Handwerksrolle der örtlich zuständigen Handwerkskammer sowie in das Installateurverzeichnis eines in Deutschland ansässigen Versorgungsunternehmens für Gas- und Wasserinstallation erforderlich. Entsprechende Anfragen hätten ergeben, dass die Beigeladene über eine Eintragung in ein Installateurverzeichnis nicht verfüge.

5.

Mit Schreiben vom 18.10.2019 erklärte die Vergabestelle, dass sie keine Abhilfe schaffen werde. Die Angebotsabgabe hätten alle Bieter korrekt vorgenommen. Die beiden Bieter, bei denen die Wartungssumme nachgetragen worden sei, hätten lediglich versäumt, diese manuell in das Formblatt 213.H zu übertragen, sodass eine automatische Anzeige in der Niederschrift nicht stattfand. Da insoweit ordnungsgemäße Angebote abgegeben worden seien, hätten diese Angaben nacherfasst werden müssen.

Die Fachkunde der Beigeladenen würde sie im Rahmen der fachtechnischen Angebotsprüfung selbstverständlich überprüfen. Nur bei Nachweis der Eignung würden Firmen einen Auftrag erhalten.

6.

Mit Schreiben vom 25.11.2019 informierte die Vergabestelle die Antragstellerin, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen am 06.12.2019 zu erteilen.

Das Angebot der Antragstellerin sei nicht das wirtschaftlichste.

7.

Mit Schreiben vom 28.11.2019 rügte die Antragstellerin die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig.

Eine Eignungsprüfung sei nicht oder nur unzureichend erfolgt. Weder seien im Internet vergleichbare Leistungen der Beigeladenen zu finden noch könne die Eintragung in die erforderlichen Verzeichnisse festgestellt werden.

Das Recht auf Gleichbehandlung der Antragstellerin sei verletzt. Ihr drohe durch die anderweitige Vergabe ein Schaden in Form des Verlusts des Auftrags und des kalkulierten Gewinns, jedenfalls aber in Höhe der Aufwendungen für die Erstellung ihres Angebots.

8.

Mit Schreiben vom 03.12.2019 wies die Vergabestelle auch diese Rüge zurück.

Die Eignungsprüfung sei mit der nötigen Sorgfalt durchgeführt worden, die Eignung der Beigeladenen sei „*eindeutig über einschlägige Referenzbescheinigungen und den Eintrag bei der Handwerkskammer nachgewiesen*“ worden.

Eine Eintragung in einschlägige Verzeichnisse sei nicht gefordert gewesen. Es handele sich bei der ausgeschriebenen Leistung um das Zusammenwirken mehrerer Gewerke. Hinsichtlich der Eintragung bei einem Versorgungsunternehmen sei zu beachten, dass eine solche „Gaskonzession“ beim örtlichen Versorger regelmäßig erst nach Auftragserteilung beantragt werde.

9.

Daraufhin ließ die Antragstellerin am 05.12.2019 einen Nachprüfungsantrag stellen und beantragen:

1. *Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten als Wettbewerbsteilnehmerin in dem Verfahren zur Vergabe der Leistungen der Thekenanlagen im Zuge des Gesamtvorhabens, verletzt ist.*
2. *Die Vergabekammer trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.*
3. *Der Antragstellerin wird Akteneinsicht gewährt in die gesamte Akte des Vergabeverfahrens, soweit nicht schutzwerte Interessen der übrigen Wettbewerbsteilnehmer entgegenstehen.*
4. *Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Antragstellerin im Vergabenachprüfungsverfahren erforderlich war.*

Zur Begründung wird der Sachverhalt aus den bisherigen Rügeschreiben vertieft.

Die Thekenanlagen seien mit Kühl- und Warmhalteeinrichtungen ausgestattet, verfügten zudem über Anschlüsse an die Wasser- und Abwasserversorgung des Gebäudes und seien darüber hinaus mit einem oder mehreren Gasanschlüssen zu versehen. Die Antragstellerin verfüge über sämtliche handwerksrechtliche und sonstige Zulassungen für die ausgeschriebenen Leistungen.

Die Auftragsvergabe an die Beigeladene sei vergaberechtswidrig, weil die Eignungsprüfung nach § 16 b EU/VOB/A nicht oder jedenfalls nicht in der notwendigen Tiefe durchgeführt worden sei. Die Beigeladene verfüge nicht über die erforderlichen Eignungsvoraussetzungen für die Vornahme von Gas-, Wasser- und Elektroanschlüssen. Aus der Antwort der Vergabestelle vom 03.12.2019 sei zu entnehmen, dass die Beigeladene nicht über die erforderlichen Eintragungen verfüge. Damit sei nicht gesichert, dass der Zuschlag an ein zum Zeitpunkt der Leistungsausführung in jeder Hinsicht zugelassenes Unternehmen erfolge.

10.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 06.12.2019 an die Vergabestelle übermittelt und um Übersendung der Vergabeakten gebeten.

11.

In ihrer Antragserwiderung vom 13.12.2019 beantragt die Vergabestelle,

1. *die Anträge Nr. 1 und Nr. 2 der Antragstellerin vom 05.12.2019 werden abgelehnt,*
2. *der Antragstellerin wird abweichend vom Antrag Nr. 3 Akteneinsicht nur in die freigegebenen Aktenbestandteile des Antragsgegners gewährt,*
3. *die Erstbieterin wird dem Verfahren beigeladen sowie*
4. *die Antragstellerin hat die Verfahrenskosten einschließlich der außergerichtlichen Auslagen des Antragsgegners zu tragen.*

Die Beigeladene habe nach Aufforderung vom 15.10.2019 die erforderlichen Eignungsnachweise fristgerecht zum 21.10.2019 und vollständig eingereicht. Die Prüfung der Unterlagen, insbesondere der Referenzen, habe die uneingeschränkte Eignung für die ausgeschriebene Leistung ergeben.

Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB, da bei Erhebung des Nachprüfungsantrags am 05.12.2019 mehr als 15 Tage seit Eingang der Nichtabhilfemitteilung vergangen gewesen seien. Auf diese Frist sei bereits in der Bekanntmachung unter Ziff. VI.4) hingewiesen worden. Mit E-Mail vom 18.10.2019 habe die Vergabestelle

die gerügten Verstöße hinsichtlich der Unvollständigkeit der Angebote und der nicht hinreichend nachgewiesenen Fachkunde der Beigeladenen zurückgewiesen und eindeutig erklärt, nicht abhelfen zu wollen. Die erneute Rüge vom 28.11.2019 sei insoweit unbeachtlich.

Ferner sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet. Es gölten die Ausführungen in den Nichtabhilfeschriften vom 18.10.2019 und 03.12.2019.

Ergänzend dazu sei anzuführen, dass die Eignung der Beigeladenen mittels der vorgelegten Referenzen eindeutig und zweifelsfrei nachgewiesen sei. Der Internetauftritt oder sonstige andere Quellen seien insoweit unbeachtlich.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz verwiesen.

12.

Die Vergabekammer hat die Fa. am 18.12.2019 zum Verfahren beigeladen.

Zudem hat sie der Antragstellerin am selben Tage Akteneinsicht unter Wahrung des Geheimschutzes gemäß § 165 Abs. 1, Abs. 2 GWB gewährt.

13.

Mit Schriftsatz vom 23.12.2019 ergänzt die Antragstellerin ihren bisherigen Vortrag.

Der Nachprüfungsantrag sei nicht unzulässig gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB. Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 13.10.2019 lediglich die Nachtragung der Wertungssummen im Protokoll der Angebotseröffnung gerügt. Eine Rüge in Bezug auf die behauptete fehlende Fachkunde der Beigeladenen sei hingegen nicht erhoben worden, da zu diesem Zeitpunkt noch keine Eignungsprüfung durch die Vergabestelle vorgenommen gewesen sei. Es habe sich lediglich um die Anzeige von Bedenken gehandelt.

Zudem sei auch die Antwort der Vergabestelle vom 18.10.2019 nicht als Zurückweisung einer etwaigen Rüge in Bezug auf die Eignung der Beigeladenen zu qualifizieren. Die Vergabestelle habe erklärt, sie werde die Eignung der Beigeladenen prüfen. Sie habe sich insoweit neutral gegenüber den Behauptungen der Antragstellerin verhalten und auf eine in der Zukunft liegende Prüfung verwiesen. Dies stelle jedoch keine Rügezurückweisung dar, sodass auch die Rechtsfolge des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB nicht ausgelöst worden sei. Erst mit der Mitteilung über die Zuschlagsabsicht sei die Antragstellerin darüber informiert worden, dass und mit welchem Ergebnis die Eignungsprüfung durchgeführt worden sei.

Der Nachprüfungsantrag sei ferner begründet. Die zwingend gebotene Eignungsprüfung habe jedenfalls bei der Beigeladenen nicht in der gebotenen Weise stattgefunden.

Zuletzt ergäben sich erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Darstellungen der Vergabestelle hinsichtlich des Nachtrags der Kosten für den Wartungsvertrag. Im Rahmen der Akteneinsicht

habe sich ergeben, dass die Beigeladene im Formblatt 213.H einen Preis von 0,00 € eingetragen habe. Bei sachgerechter Betrachtung lägen zwei divergierende Preisangaben der Beigeladenen vor. Mit der Angabe von 0,00 € im Angebotsdeckblatt und von x.xxx,xx € im Mustervertrag habe die Beigeladene widersprüchliche Angaben gemacht. Aufklärung sei nicht möglich, da es sich um jeweils für sich genommen unmissverständliche Angaben handele. Ein Fall der unterlassenen Preisangaben liege nicht vor. Das Angebot sei deshalb insgesamt nicht zuschlagsfähig.

Auf die näheren Einzelheiten des Schriftsatzes wird insoweit verwiesen.

14.

Am 07.01.2020 wurde die Fünf-Wochen-Frist gemäß § 167 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 GWB bis 14.02.2020 verlängert.

15.

Die Beigeladene beantragt in ihrem Schriftsatz vom 08.01.2020:

1. *Die Anträge Antrag Nr. 1 und Antrag Nr. 2 werden zurückgewiesen.*
2. *Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Beigeladene im Vergabenachprüfungsverfahren erforderlich war.*
3. *Die Kosten des Verfahrens inkl. der Kosten der Beigeladenen trägt die Antragstellerin.*

Der Nachprüfungsantrag sei – wie die Vergabestelle zutreffend ausgeführt habe – bereits unzulässig gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB, da die Antragstellerin sehr wohl eine Rüge erhoben und keine bloße „Anzeige von Bedenken“ geltend gemacht habe. Es reiche aus, wenn das Verhalten der Vergabestelle erkennbar missbilligt werde. Dieser Rüge habe die Vergabestelle mit E-Mail vom 18.10.2019 ausdrücklich widersprochen.

Auch die Nacherfassung sowohl des Nachlasses als auch der Wartungsleistungen sei zulässig gewesen. Die Beigeladene habe den Preis von x.xxx,xx € ordnungsgemäß in den Wartungsvertrag eingetragen. Im Formblatt 213.H gebe es keine entsprechende Stelle für die Wartungsvertragssumme, da dort eine Vergütung gemäß „Instandhaltungsvertrag“ anzugeben sei. Laut Leistungsverzeichnis sei eindeutig ein Wartungsangebot mit dem beigefügten Vertragsmuster und nicht im Formblatt 231.H abzugeben gewesen. Eine Eintragung gemäß den Wertungsvorgaben hätte dort nicht stattfinden können, da dort die jährliche Vergütung eintragen gewesen sei, während die Vergütung für 4 Jahre gewertet werden sollte. Das Leistungsverzeichnis spreche auch von „beide Angebote“, was wiederum für zwei Angebote spreche. Widersprüchliche Angaben lägen insoweit nicht vor, da die Eintragung im Formblatt 213.H erkennbar nicht so zu

verstehen gewesen sei, dass der Wartungsvertrag für 0,00 € erbracht werden solle. Jedenfalls wäre eine Aufklärung durch die Vergabestelle geboten gewesen.

Es bestehe angesichts des Vorbringens der Antragstellerin der Verdacht, dass diese ein formal unzutreffendes oder widersprüchliches Angebot abgegeben habe, indem sie im Formular 213.H einen Betrag angegeben habe.

Die Nachtragung des Wartungspreises im Preisspiegel sei zutreffend gewesen. Jedenfalls eine Rechtsverletzung der Antragstellerin sei nicht ersichtlich.

Die Beigeladene sei für die ausgeschriebenen Leistungen geeignet. In den Vergabeunterlagen sei lediglich die Eigenerklärung gefordert gewesen, die die Beigeladene abgegeben habe. Dann sei sie am 15.10.2019 aufgefordert worden, weitere Unterlagen einzureichen, was sie am 21.10.2019 getan habe.

Hinsichtlich des Anschlusses an das Gasnetz sei eine Eintragung in das Installateurverzeichnis beim örtlichen Versorgungsunternehmen notwendig, über die sie zurzeit nicht verfüge. Jedoch sei sie in der Lage, diese Eignung herbeizuführen, entweder durch Einsatz eines Subunternehmers oder die Einstellung eines neuen Mitarbeiters.

Ferner stehe der Vergabestelle bei der Beurteilung der Eignung Ermessen zu. Anhand der eingereichten Unterlagen sei erkennbar, dass die Beigeladene zur Leistungserbringung geeignet sei. Die Bejahung der Eignung sei nicht ermessensfehlerhaft.

Die Prüfung der Eignung erfolge zudem nur im Interesse der Vergabestelle und nicht der Mitbewerber, sei also nicht drittschützend, sodass eine Rechtsverletzung der Antragstellerin nicht in Betracht komme.

Auf die weiteren Einzelheiten des Schriftsatzes, insbesondere zur Frage der Eignung der Beigeladenen, wird verwiesen.

16.

Mit Schriftsatz vom 09.01.2020 reicht die Beigeladene Verpflichtungserklärungen eines Nachunternehmers zur Durchführung eines Gasanschlusses zu den Positionen 01.01.0006 und 01.01.0026 des Leistungsverzeichnisses nach, datierend vom 07.01.2020.

17.

Die Vergabekammer hat der Beigeladenen am 14.01.2020 Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1, Abs. 2 GWB gewährt.

18.

Mit Schriftsatz vom 15.01.2020 vertieft die Vergabestelle ihren Vortrag. Der Nachprüfungsantrag sei insgesamt präkludiert gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB.

Die Angaben der Beigeladenen in deren Angebot seien nicht widersprüchlich, da nach dem objektiven Empfängerhorizont klar erkennbar gewesen sei, dass diese keine Wartungsleistungen für 0,- € erbringen wollen würde, sondern eindeutig die Angaben im vollständig ausgefüllten Wartungsvertrag maßgeblich sein sollten. Die Angabe im Formblatt 213.H sei insoweit unschädlich. Es handele sich hierbei um einen Platzhalter-Eintrag ohne eigenen Inhalt. Eine andere Auslegung entbehre jeglicher Grundlage. Die Vergabestelle habe klar zu erkennen gegeben, dass es ihr maßgeblich auf die Eintragung im Wartungsvertrag und nicht im Formblatt 213.H ankomme. Im Formblatt 242.H sei ausgeführt, dass ein Angebot bei nicht wertbarem Angebotsteil Instandhaltung ausgeschlossen werde, nicht aber bei nicht wertbarem Formblatt 213.H.

Es verbliebe auch dabei, dass die Vergabestelle die Eignung der Beigeladenen ordnungsgemäß geprüft und ihren Beurteilungs- und Ermessenspielraum eingehalten habe. Es sei festgestellt worden, dass ausweislich des Leistungsverzeichnisses die Gasanschlüsse durch eine entsprechend geeignete Firma als Dritte zu leisten seien. Ausweislich der Schnittstellenbeschreibung sowie der Nummern 01.01.0006 und 01.01.0026 des Leistungsverzeichnisses seien die Gasanschlüsse gerade nicht von den Bietern vorzunehmen, sondern durch Dritte. Auf die weiteren Einzelheiten des Schriftsatzes wird verwiesen.

19.

Mit Schriftsatz vom 20.01.2020 trägt die Antragstellerin vertiefend vor.

Der Nachprüfungsantrag sei nicht unzulässig, weder sei das Schreiben vom 13.10.2019 eine Rüge gewesen noch sei eine etwaige Rüge von der Vergabestelle zurückgewiesen worden. Weiter bleibe es dabei, dass die Beigeladene widersprüchliche Angaben bezüglich der Kosten im Wartungsvertrag bzw. im Formblatt 213.H gemacht habe. Sie habe die eindeutige Angabe „Null“ gemacht. Ein nachgelagerter Interpretationsversuch, dass diese Angabe unbeachtlich sein solle, weil im Angebotsvordruck von einem Instandhaltungsvertrag die Rede gewesen sei, verfange nicht. Denn ein Instandhaltungsvertrag sei laut Vergabeunterlagen ausdrücklich nicht abgefragt gewesen, sodass auch dann keine Eintragung vorzunehmen gewesen wäre. Tatsächlich habe die Beigeladene aber den Angebotsvordruck richtig so interpretiert, dass die Vergabestelle zur Erstellung eines zutreffenden Protokolls der Angebotsöffnung erwartet habe, dass dort der Wartungspreis eingetragen ist.

Die Widersprüchlichkeit des Angebots sei nicht aufklärungsfähig gewesen, da diese Preisbestandteile betreffe und eine Nachforderung gemäß § 16a VOB/A-EU insoweit von vornherein ausgeschlossen sei. Ein Widerspruch in den Vergabeunterlagen habe ebenfalls nicht vorgelegen. Das Angebot sei daher auszuschließen gemäß § 16 Nr. 3 VOB/A-EU.

Hinsichtlich des Teilgewerks Gasanschlüsse räume die Beigeladene selbst nun augenscheinlich ein, dass sie über die erforderliche Eignung nicht verfüge. Soweit sie sich auf die Möglichkeit der Durchführung durch einen Nachunternehmer berufe, sei dies unbeachtlich, da dies bereits mit der Angebotsabgabe zu erklären gewesen wäre. Spätestens bei Anforderung der zur Beurteilung der Eignung notwendigen Nachweise hätte sie Unterlagen zu einer Eignungsleihe vorlegen müssen. Hierin lag bereits die Nachforderung gemäß § 16a VOB/A-EU. Insoweit beruhe die Zuschlagsentscheidung der Vergabestelle auf einer doppelt fehlerhaften Bewertung, nämlich einerseits auf der Erklärung der Beigeladenen, sie führe die Leistungen im eigenen Betrieb aus, und andererseits auf der Nichtbeachtung des Umstands, dass die Eintragungen in das Installateurverzeichnis zur Beurteilung der Eignung nachzuweisen seien. Ein weiterer Rechtsfehler bestehe in der Ansicht der Vergabestelle, dass die Eintragung in das Installateurverzeichnis auch noch kurz vor Ausführung der Leistungen vorgenommen werden könne, da dabei nicht berücksichtigt werde, dass sie zumindest sichernde Erklärungen der Beigeladenen hätte. Die Beigeladene sei nicht geeignet.

20.

Die Vergabekammer hat am 20.01.2020 der Antragstellerin ergänzend Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1, Abs. 2 GWB gewährt.

21.

Die Beigeladene ergänzt ihren bisherigen Vortrag mit Schriftsatz vom 21.01.2020 dahingehend, dass aus den Vergabeunterlagen erkennbar sei, dass sie für die ausgeschriebene Leistung geeignet ist.

Ferner schließt sich die Beigeladene den Ausführungen der Vergabestelle insoweit an, dass auch sie nunmehr bestreitet, dass die Erbringung eines Gasanschlusses geschuldet sei.

Aus den Ausführungen der Antragstellerin vom 20.01.2020 ergebe sich zudem der Verdacht, dass diese selbst keinen ausgefüllten Wartungsvertrag eingereicht habe, sodass dann deren Angebot aufgrund der Unvollständigkeit auszuschließen wäre und eine Rechtsverletzung schon deshalb nicht vorliegen könnte.

Auf die weiteren Ausführungen, insbesondere zur Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten durch die Beigeladene, wird verwiesen.

22.

Mit Schriftsatz vom 23.01.2020 nimmt die Antragstellerin nochmals ergänzend Stellung.

Zwar sei richtig, dass sie die gerügte Änderung der Niederschrift über die Angebotseröffnung nicht weiterverfolgt habe. Dies sei jedoch unbeachtlich. Verfahrensrechtsverstöße, die der An-

tragstellerin erst im Nachprüfungsverfahren bekannt würden, seien von Rügepflicht und Präklusion nicht erfasst. Erst aus der Akteneinsicht habe sich ergeben, dass die Auskunft der Vergabestelle vom 18.10.2019 unzutreffend gewesen sei, soweit sie dort auf eine fehlende Eintragung abgestellt habe, die an anderer Stelle vorhanden gewesen sei. Jedoch sei eine fehlende Angabe hier offensichtlich nicht gegeben. Das Angebotsschreiben der Beigeladenen habe in der vorgesehenen Zeile die Preisangabe „Null“ enthalten. Die Vergabestelle sei daher nicht berechtigt gewesen, die Niederschrift zu ändern und nur die Angaben aus dem Wartungsvertrag zu berücksichtigen. Darin liege bereits ein erheblicher Dokumentationsfehler. Hätte die Vergabestelle die sachlich zutreffende Antwort gegeben, hätte die Antragstellerin schon zum damaligen Zeitpunkt den widersprüchlichen Angebotsinhalt in das Nachprüfungsverfahren eingebracht. Sie sei damit aber jedenfalls jetzt nicht präkludiert.

Hinsichtlich der Rüge der fehlenden Eignung habe zum Zeitpunkt der Rügezurückweisung noch überhaupt kein rügefähiger Tatbestand vorgelegen, da die Eignungsprüfung durch die Vergabestelle noch nicht stattgefunden habe, wie aus deren Antwort ersichtlich geworden sei. Erst mit Zugang der Information über die Zuschlagsabsicht habe die Antragstellerin Kenntnis erlangt, dass die Vergabestelle die Eignung der Beigeladenen für gegeben halte. Dies sei aber zuvor für die Antragstellerin nicht erkennbar gewesen.

Soweit vorgetragen werde, dass möglicherweise auch die Antragstellerin nicht zur Leistungserbringung geeignet sein könnte, obliege es der Vergabestelle, zu entscheiden, ob sie die Eignung der Antragstellerin prüfen wolle. Die Vergabekammer könne nicht eine eigene Eignungsprüfung durchführen, sondern nur beurteilen, ob sich die Eignungsprüfung materiell im Rahmen des Beurteilungsspielraums der Vergabestelle bewege. Allenfalls bei der Verletzung der Antragstellerin in eigenen Rechten sei zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin grundsätzlich zuschlagsfähig sei. Hierzu fehle es jedoch bislang am Vortrag der Vergabestelle, zudem habe diese eine Eignungsprüfung der Antragstellerin bereits durchgeführt und die Eignung bejaht. Auch sei das Angebot der Antragstellerin bislang nicht als nicht zuschlagsfähig behandelt worden.

Sofern die Vergabestelle darauf abstelle, dass die Antragstellerin ungeeignet sei, weil sie nicht sämtliche Vorleistungen für die Herstellung der Thekenanlagen im eigenen Betrieb ausführe, so träfe das nicht zu, da zu unterscheiden sei, ob es sich um Lieferantenleistungen – die Beschaffung der notwendigen Komponenten zur Erbringung der Leistung – oder Nachunternehmerleistungen handele. Im Übrigen wären dann, wenn man die Lieferantenleistungen als Nachunternehmerleistungen behandeln würde, alle Bieter auszuschließen, da jeder Bieter beschaffungsgegenständliche Komponenten von Lieferanten beziehe.

Aus der Akteneinsicht habe sich ergeben, dass die Beigeladene widersprüchliche Angaben gemacht habe. Im Angebotsschreiben habe sie für Wartungsleistungen „Null“, im Wartungsvertrag dagegen eine Vergütungssumme angegeben. Soweit die Beigeladene anführe, es seien Leistungen für einen Instandsetzungsvertrag anzubieten gewesen, die sie mit 0,- € verpreist habe, so habe sie damit ein aufgrund der Änderung der Vergabeunterlagen auszuschließendes Angebot abgegeben. Sie könne nicht Leistungen zum Preis von 0,- € anbieten und dann erklären, sie habe solche nicht erbringen wollen. Die Preisangabe 0,- € sei insoweit eine eindeutige Erklärung. Festzuhalten bleibe, dass nach dem Verständnis aller Beteiligten die abgefragte Preisangabe für den „Instandhaltungsvertrag“ sich auf die Leistungen gemäß dem Wartungsvertrag bezogen habe, der laut der Angabe im Formblatt 242.H ausdrücklich Bestandteil der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots gewesen sei. An keiner Stelle fände sich in den Vergabeunterlagen ein Hinweis darauf, dass eine andere Preisangabe unter Ziff. 2.1 des Formblattes 213.H zu machen gewesen wäre als die Jahresvergütung für den Wartungsvertrag. Es sei daher festzuhalten, dass die Beigeladene zwei Preisangaben gemacht habe. Diese könne die Vergabestelle auch nicht dahingehend auslegen, dass die Angabe im Wartungsvertrag maßgeblich sei, da dies die Grenzen der Auslegung deutlich überschreite. Es lägen zwei eindeutige Preisangaben vor. Die Beigeladene hätte möglicherweise die Wartungsleistungen tatsächlich für 0,- € anbieten wollen. Die schlichte Nichtbeachtung einer tatsächlichen Preisangabe sei nicht möglich. Darüber hinaus könne auch unter zivilvertragsrechtlichen Gesichtspunkten die Vergabestelle das Angebot der Beigeladenen nicht annehmen, da dieses insoweit nicht eindeutig sei. Als Kontrollüberlegung: Wären die Kosten für die Wartungsleistungen ausschlaggebend dafür gewesen, wer das günstigere Angebot eingereicht habe, so könnte die Beigeladene sich jetzt darauf berufen, dass die Preisangabe 0,- € einzig verbindlich sein sollte. Widersprüchliche Angebote müssten – gegebenenfalls nach Aufklärung – ausgeschlossen werden. Eine Aufklärung sei hier nicht möglich. Daher sei das Angebot der Beigeladenen auszuschließen.

Da die Beigeladene ferner erklärt habe, sie habe nicht die erforderliche Eignung, so erkläre sie damit, dass die von ihr abgegebene Eigenerklärung inhaltlich unrichtig gewesen sei. Wenn ein Bieter falsche Angaben zu Nachunternehmern mache, sei dieser auszuschließen. Das Argument, dass es sich um einen minimalen Betrag handle, sei offensichtlich nicht tragfähig, da es die Gleichheit des Wettbewerbs verletze.

Die Vergabestelle könne auch keine zureichende Eignungsprüfung vorgenommen haben. Auf die weiteren Einzelheiten des Schriftsatzes wird auch hier verwiesen.

23.

Auch die Beigeladene nimmt mit Schriftsatz vom 24.01.2020 nochmals Stellung.

Es lägen keine widersprüchlichen Angaben ihrerseits vor. Jedenfalls nach der Niederschrift, Formblatt 313.2, seien Angebotssumme, nachgerechnete Angebotssumme und Instandhaltung gesondert erfasst worden. Es liege kein Dokumentationsmangel vor, weil der Betrag für Instandhaltung gesondert ausgewiesen und in der Spalte Bemerkungen gerade offengelegt worden sei.

Weiter werde die Eignung der Antragstellerin bezweifelt. Aus Ziff. 2.2.2 des Vergabevorschlags ergebe sich, dass nach Prüfung der Wertungssumme eine weitere Aufklärung nicht mehr erfolgt sei. Es sei daher davon auszugehen, dass eine Eignungsprüfung bei der Antragstellerin nicht, jedenfalls nicht vollständig stattgefunden habe. Für die Frage des Erfolgs des Nachprüfungsantrags komme es gerade darauf an, ob die Antragstellerin in ihren eigenen Rechten verletzt sei, wofür es erforderlich wäre, deren Eignung zu prüfen, um festzustellen, ob ihr Angebot zuschlagsfähig sei.

Die Antragstellerin widerspreche sich selbst, wenn sie einerseits darstelle, dass an keiner Stelle der Vergabeunterlagen ein Hinweis darauf zu finden sei, welche Preisangabe unter Ziff. 2.1 des Formblattes 213.H anzubringen sei, und andererseits vertrete, dass es richtig gewesen sei, genau dort den Preis für den Wartungsvertrag anzugeben. Die Antragstellerin lege das Formblatt 213.H so aus, dass dort bei „Instandhaltungsvertrag“ der Preis für den Wartungsvertrag zu nennen sei, während sie aber gleichzeitig die Auslegung der Beigeladenen als unzulässig ansehe.

Auch wäre eine Aufklärung durch die Vergabestelle zulässig gewesen gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU.

Hinsichtlich der Eignung der Beigeladenen werde auf die bisherigen Ausführungen verwiesen. Die Beigeladenen sei geeignet. Eine Nachunternehmerleistung liege nicht vor und selbst wenn sie vorliege, sei sie nunmehr zulässig. Ein Ausschluss der Beigeladenen wäre unverhältnismäßig, insbesondere deshalb, weil die Vergabestelle jetzt selbst davon ausgehe, dass Gasanschlüsse nicht zu leisten seien.

Die Vergabestelle hätte Zweifel an der Eignung der Beigeladenen aufklären können, wonach diese die entsprechenden Nachweise erbracht hätte. Ferner könne sich die Beigeladene die Eignung durch Einstellung einer entsprechenden Fachkraft jederzeit selbst beschaffen.

Es werde ferner beantragt,

festzustellen, dass die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beigeladenen erforderlichen Kosten zu tragen hat. Soweit die Antragstellerin unterliegt, hat sie der Beigeladenen ihre Aufwendungen zu ersetzen, § 182 Abs. 4 S. 3 GWB.

24.

In der mündlichen Verhandlung am 27.01.2020 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zum Verfahren zu äußern. Auf das Protokoll wird verwiesen.

Die Antragstellerin stellt ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 05.12.2019.

Die Vergabestelle stellt Ihre Anträge zu 1. und zu 4. aus dem Schriftsatz vom 13.12.2019.

Die Beigeladene bleibt bei ihren Anträgen aus dem Schriftsatz vom 08.01.2020.

25.

Mit letztem Schriftsatz vom 28.01.2020 teilt die Vergabestelle mit, dass der Auftrag für die bauseitigen Gasinstallationen am 08.04.2019 anderweitig vergeben worden sei.

Im Übrigen sehe man das Formblatt 213.H als nur nachrichtliches Anschreiben zum Angebot.

Aus der Gesamtschau der Vergabeunterlagen sei der Wille der Beigeladenen klar ersichtlich gewesen. Ein Ausschluss sei nicht für den Fall einer Falscheintragung im Formblatt 213.H festgelegt. In solchen Fällen werde ein Angebot ausgelegt und gegebenenfalls aufgeklärt.

Begründung:

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet. Das Vorbringen der Antragstellerin ist nicht präkludiert. Das Angebot der Beigeladenen war vom Vergabeverfahren auszuschließen. Die Antragstellerin ist insoweit in ihren Rechten verletzt.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a)

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfungsverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

b)

Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

c)

Bei dem ausgeschriebenen Auftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB.

d)

Die Gesamtkosten des Vorhabens übersteigen den Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

e)

Die Antragstellerin ist antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat zudem dargelegt, dass ihr durch die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene ein Schaden zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis ohnehin keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.

f)

Die Antragstellerin ist mit ihrem Vorbringen nicht präkludiert gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB, auch soweit sie sich gegen die Angaben der Beigeladenen in Bezug auf die Kosten des Wartungsvertrags wendet.

aa)

Mit Schreiben vom 13.10.2019 hat die Antragstellerin zunächst zwei Vergaberechtsverstöße gerügt.

Sie hat einerseits die Nacherfassung der Wartungskosten als vergaberechtswidrig gerügt. Die Vergabestelle hat mit Schreiben vom 18.10.2019 erklärt, dass sie der Rüge nicht abhelfen werde, und zur Begründung darauf verwiesen, dass die Beigeladene und ein weiterer Bieter es versäumt hätten, die erforderliche Eintragung im Formblatt 231.H vorzunehmen. Sie hat damit erklärt, dass die Eintragung der Beigeladenen im Formblatt 213.H unter Ziff. 2.1 fehle. In Wahrheit hatte die Beigeladene jedoch bewusst „0,00 €“ im Formblatt 213.H unter Ziff. 2.1 angegeben. Die Vergabestelle hat der Antragstellerin dies nicht mitgeteilt, die Antragstellerin hat hiervon erst nach Einsicht in die Vergabeakten erfahren. Insofern kann das Vorbringen der Antragstellerin, das sich darauf bezieht, dass widersprüchliche Angaben der Beigeladenen vorgelegen haben, nicht von der Präklusionswirkung des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB erfasst sein.

Die (erste) Nichtabhilfemitteilung der Vergabestelle vom 18.10.2019 bezog sich insofern nur auf die von der Antragstellerin geltend gemachte Unzulässigkeit der Nacherfassung der Kosten des Wartungsvertrags. Diese wurde jedoch als solche nicht zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemacht.

Die Antragstellerin hat andererseits auch die fehlende Eignung der Beigeladenen gerügt. Das Schreiben der Antragstellerin vom 13.10.2019 war insoweit ebenfalls als Rüge zu verstehen. Die Vergabestelle hat diese Rüge aber im Schreiben vom 18.10.2019 nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB zurückgewiesen, sodass die Präklusionswirkung nicht eingetreten ist.

Eine Nichtabhilfemitteilung einer Vergabestelle gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB liegt dann vor, wenn diese inhaltlich mitteilt, den geltend gemachten Vergaberechtsverstößen nicht abhelfen zu wollen. Hier hat die Vergabestelle sich indes nicht zum Inhalt der Rüge der Antragstellerin positioniert, sondern erklärt, sie habe die Rüge zur Kenntnis genommen und werde die Eignungsprüfung erst noch durchführen, wobei ein Auftrag selbstverständlich nur an geeignete Unternehmen vergeben würde. Sie hat also gerade nicht der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie deren Ansicht über die Eignung der Beigeladenen nicht teile, sondern auf die noch durchzuführende Eignungsprüfung verwiesen und sich die Beurteilung der Eignung vorbehalten. Dies ist inhaltlich nicht als Zurückweisung einer Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB zu bewerten, da es insoweit gerade an der Erklärung fehlt, den angeblichen Vergaberechtsverstößen – hier: Auftragsvergabe an die Beigeladene als ein angeblich ungeeignetes Unternehmen – nicht abhelfen zu wollen. Die Antragstellerin ist daher mit ihrem Vorbringen nicht präkludiert.

bb)

Die Antragstellerin hat die beabsichtigte Auftragsvergabe an die Beigeladene mit Schreiben vom 28.11.2019 gerügt und nach Erhalt des Nichtabhilfeschreibens vom 03.12.2019 am 05.12.2019 und damit innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB den Nachprüfungsantrag gestellt.

g)

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB. Der Nachprüfungsantrag wurde zwar erst an dem im Informationsschreiben gemäß § 134 GWB genannten Tag der frühestmöglichen, jedoch noch vor einer tatsächlichen Zuschlagserteilung an die Vergabestelle gemäß § 169 Abs. 1 GWB übermittelt.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Das Angebot der Beigeladenen war vom Vergabeverfahren auszuschließen. Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

a)

Das Angebot der Beigeladenen war gemäß §§ 16a Abs. 2 Satz 2, 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU vom Vergabeverfahren auszuschließen. Die Beigeladene hat widersprüchliche Preisangaben

gemacht und damit nicht die geforderten Preise angegeben. *„Angebote mit zweifelhaften, d. h. unklaren oder widersprüchlichen Preisangaben, [sind] Angeboten mit fehlenden Preisangaben gleichzusetzen.“* (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 2, 3. Aufl. 2019, noch zu VOB/A-EU § 16 a.F., Rn. 111 m.w.N.)

Die Beigeladene hat unstreitig im Formblatt 213.H unter Ziff. 2.1 0,00 € eingetragen. Gleichzeitig hat sie im Wartungsvertragsformular die jährlichen Wartungskosten mit x.xxx,xx € beziffert. Nach ihren Angaben wollte sie die Wartungskosten zu keinem Zeitpunkt mit 0,00 € angeben, sondern x.xxx,xx € vergütet haben.

aa)

Korrekterweise hätte die Beigeladene auch im Formblatt 213.H den Betrag von x.xxx,xx € eintragen müssen. Bei Auslegung der Vergabeunterlagen gemäß § 133, 157 BGB war für einen durchschnittlichen Bieter erkennbar, dass im Formblatt 213.H dieser Betrag einzutragen war. Die Vergabeunterlagen waren insofern eindeutig genug formuliert, sodass auch eine Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen mehrdeutiger Vergabeunterlagen nicht angezeigt ist.

Der Beigeladenen mag insofern zuzugestehen sein, dass die Vergabestelle durch die gesamten Vergabeunterlagen hindurch die relevanten Begrifflichkeiten, wie zum Beispiel „Wartung“, „Inspektion“ und „Instandhaltung“, nicht durchgehend konsequent mit ihrer exakten Bedeutung verwendet. Jedoch stellte die Vergabestelle unter Ziff. 2.1 im Formblatt 213.H erkennbar auf die Kosten des Wartungsvertrags ab. Ausschreibungsgegenständlich war nur ein einziger von den Bietern auszufüllender Musterwartungsvertrag. Ein weiterer Vertrag, gesondert über die Instandhaltung der Thekenanlage, wird in den Vergabeunterlagen nicht erwähnt. Lediglich bei „andere Instandsetzungsarbeiten“ wird in Ziff. 2.3 des Mustervertrags über die Wartung und Inspektion der Abschluss eines gesonderten Vertrags unter Umständen in Aussicht gestellt, wobei jedoch bereits unmittelbar anschließend darauf hingewiesen wird, dass nach dem Willen der Vergabestelle ein Rechtsanspruch auf Übertragung der Leistungen nicht bestehe, wodurch sich gerade zeigt, dass diese Leistungen hier nicht weiter relevant sein sollten.

Ein durchschnittlicher Bieter hätte erkennen müssen, dass mit dem Begriff „Instandhaltungsvertrag“ unter Ziff. 2.1 nur der Wartungsvertrag gemeint sein konnte. Die Behauptung der Beigeladenen, dort hätte ausdrücklich nicht der Preis aus dem Wartungsvertrag angegeben werden dürfen, vermag nicht zu überzeugen. Die Beigeladene versteift sich insoweit auf die enorm enge Definition des Begriffs „Instandhaltung“, während sie die restlichen Vergabeunterlagen außer Acht lässt. Dem kann so nicht gefolgt werden.

Es erscheint nicht schlüssig, warum die Vergabestelle einen Preis für Instandhaltungsarbeiten oder allgemein für noch weitere zu erbringende, jedoch weder nach Art noch Umfang absehbare Leistungen mit einem konkreten Betrag bepreist hätte haben wollen. Ebenfalls erscheint

es nicht schlüssig, dass unter Ziff. 2.1 überhaupt keine Angaben hätten gemacht werden sollen, wobei die Beigeladene sich insofern ohnehin selbst widerspricht, weil sie ja tatsächlich eine Angabe von 0,00 € gemacht hat und somit offenbar davon ausging, dass (irgend-)ein Betrag anzugeben gewesen war. Die Preisangabe von 0,00 € ergibt hier selbst unter Zugrundelegung der Argumentation der Beigeladenen keinen Sinn, da sie laut ihrer eigenen Aussage zu keinem Zeitpunkt gewillt war, irgendwelche Leistungen umsonst zu erbringen. Nichts Anderes drückt die Preisangabe von 0,00 € aber aus.

Auch eine Gesamtschau der weiteren Vergabeunterlagen ergibt keine andere Möglichkeit der Auslegung der Vergabeunterlagen. Sowohl aus dem Leistungsverzeichnis als auch aus den Formblättern 211 EU und 242.H war zu erkennen, dass die Vergabestelle immer nur auf genau den einen Musterwartungsvertrag und die dort aufgeführten Leistungen abstellte. Auch wenn die Vergabestelle an einigen Stellen von einem einheitlichen Angebot spricht und an derer Stelle von zwei Angeboten, so war doch klar zu erkennen, welche Kosten wo einzutragen waren, insbesondere auch deshalb, weil im Formblatt 213.H die Kosten einerseits für die Thekenanlage und andererseits für den Instandhaltungsvertrag direkt untereinander, jeweils gesondert zu nennen waren.

Dass die jährliche Vergütungssumme anzugeben war, ergibt sich schon aus Ziff. 2.1 des Formblattes selbst. Dass hingegen lediglich für die Preiswertung die Kosten für 4 Jahre zugrunde gelegt werden würden, war ohne weitere Schwierigkeiten aus den Vergabeunterlagen ersichtlich, sodass eindeutig war, dass der jährliche Betrag angegeben werden sollte.

bb)

Eine Auslegung der divergierenden Preisangaben dahingehend, dass tatsächlich nur der Betrag von x.xxx,xx € gemeint war, ist hier nicht möglich.

„Von einer zulässigen Klarstellung des Angebotsinhalts ist auszugehen, wenn der tatsächlich gemeinte (richtige) Preis durch Auslegung des Angebotsinhalts gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist. Voraussetzung hierfür ist, dass sich eindeutig und zweifelsfrei aus den Angebotsunterlagen ergibt, dass ein ganz bestimmter Einheitspreis gewollt war. Für den öffentlichen Auftraggeber muss dies offenkundig und unschwer festzustellen sein. Sind Nachforschungen über das wirklich Gewollte beim Bieter erforderlich, sind diese Anforderungen nicht erfüllt. Anderenfalls hätte es der Bieter in der Hand, den angebotenen Preis nachträglich gegen einen anderen auszutauschen.“ (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., noch zu § 16 VOB/A a.F., Rn. 60)

Sowohl die Preisangabe 0,00 € als auch die Preisangabe x.xxx,xx € sind für sich gesehen eindeutig. Einmal erklärt die Beigeladene, sie wolle die gemäß Wartungsvertrag geschuldeten Leistungen umsonst erbringen, einmal erklärt sie, sie berechne hierfür x.xxx,xx €. Die Angabe

eines Preises von 0,00 € stellt die Angabe eines bestimmten Preises dar und ist als solche ebenso wenig der Auslegung zugänglich wie die Angabe von x.xxx,xx €.

Es steht der Beigeladenen grundsätzlich frei, welchen Preis sie für welche Leistungen verlangt. Sie ist in ihrer Kalkulation frei, muss sich umgekehrt aber auch an ihren Angaben festhalten lassen. Sie darf Leistungen für 0,00 € anbieten. Diese Erklärung hat die Vergabestelle genauso ernst zu nehmen wie die Erklärung „x.xxx,xx €“. Die Auslegung der von den Bietern abgegebenen Angebote kann immer nur nach dem objektiven Empfängerhorizont erfolgen, nicht aber einer Vergabestelle die Kompetenz einräumen, zu entscheiden, welche für sich gesehen eindeutigen Angaben eines Bieters sie als solche anerkennt und welche nicht.

Aus diesen Gründen geht auch die Argumentationen der Vergabestelle, es habe sich bei der Angabe von 0,00 € wohl nur um einen Platzhalter gehandelt, erkennbar ins Leere.

cc)

Die widersprüchlichen Preisangaben waren auch nicht einer Aufklärung durch die Vergabestelle zugänglich. Der Tatbestand des § 15 VOB/A-EU, der eine Angebotsaufklärung in engen Grenzen erlaubt, darf schon aus teleologischen Gründen bei widersprüchlichen Preisangaben nicht einschlägig sein, da dies nachträgliche Manipulationsmöglichkeiten und eröffnen und so den Wettbewerbsgrundsatz verletzen könnte (s. Beck'scher Vergaberechtskommentar, a.a.O, m.w.N.). Gerade diese Manipulationsgefahr könnte sich in Vergabeverfahren wie dem vorliegenden manifestieren, wenn es einem Bieter nach Mitteilung des Submissionsergebnisses von der Vergabestelle im Rahmen der Aufklärung freigestellt würde, zu sagen, welchen der unterschiedlichen Preise er als gültigen habe abgeben wollen. Dieser könnte dann ausgehend von den von den Mitbieter gebotenen Preisen auswählen, welcher der unterschiedlichen Preisangaben er Gültigkeit verschaffen wollte. Daher hätte eine Aufklärung bereits aus diesen Gründen hier nicht stattfinden dürfen.

dd)

Die Folge des Ausschlusses des Angebots der Beigeladenen war nach all dem zwingend. §§ 16a Abs. 2 Satz 2, 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU lässt der Vergabestelle keinen Ermessensspielraum, § 16a Abs. 2 Satz 3 VOB/A-EU ist hier nicht einschlägig, da es sich nicht um eine unwesentliche Position handelt.

Da hier die Vergabestelle die Angabe der Wartungskosten sowohl im Mustervertrag als auch im Formblatt 213.H gefordert und die Beigeladene widersprüchliche Angaben gemacht hat, war sie zwingend auszuschließen. Es handelt sich beim Formblatt 213.H nicht bloß um ein nachrichtliches Anschreiben. Das Formblatt dient im Gegenteil als „Deckblatt“ des jeweiligen eingereichten Angebots der Zusammenfassung der Angebotsdetails und ist insoweit jedenfalls

nicht als bloß nachrichtliches Beiwerk zum Angebot im Sinne eines rechtlichen Nullums zu verstehen, dem keinerlei eigene Bedeutung zuzumessen ist.

Letztlich verfängt auch das Argument der Vergabestelle, dass sie laut den Vergabeunterlagen einen Ausschluss nur bei fehlender Wertbarkeit des Mustervertrags als solchem angekündigt hat, nicht. Der Text im Formblatt 242.H ist insofern schon nicht geeignet, diese Ansicht zu begründen, da dort lediglich angekündigt wird, ein Angebot, das bezüglich des Teils „Instandhaltung“ nicht wertbar ist, insgesamt auszuschließen. Dies lässt aber weder den Schluss zu, dass bei Wertbarkeit des Instandhaltungsteils allein die dort gemachten Angaben maßgeblich sein sollen, noch, dass von einschlägigen gesetzlichen Vorschriften abgewichen werden soll. Auch die Passage im Leistungsverzeichnis „Wartung / Instandhaltung“ ist nicht so zu verstehen, dass allein die Angaben im Wartungsvertrag berücksichtigt werden. Der Hinweis, dass beide Angebote gewertet werden, ist als deklaratorischer Hinweis zum Verfahren zu bewerten, der über den potentiellen Ausschluss eines Angebots wegen widersprüchlicher Preisangaben keinerlei Aussage trifft.

b)

Auf die Frage, ob die Beigeladene für die ausgeschriebene Leistung geeignet ist, kommt es nach den obigen Ausführungen nicht mehr an. Es sei jedoch an dieser Stelle angemerkt, dass die Verpflichtung zur Durchführung eines Anschlusses ans Gasnetz von Anfang an nicht im Leistungsverzeichnis als Teil der Ausschreibung aufgeführt worden war, sodass auch diesbezügliche Eignungsanforderungen nachvollziehbarer Weise nicht von der Vergabestelle verlangt worden sind. Wenn die Vergabestelle die Montage gasbetriebener Geräte und deren Anschlüsse an das Gasnetz getrennt voneinander vergeben will, ist dem aus vergaberechtlicher Sicht im Grundsatz zunächst nichts entgegenzusetzen.

c)

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Die beabsichtigte Vergabe des Auftrags an die Beigeladene ist vergaberechtswidrig und beeinträchtigt die Zuschlagschancen der Antragstellerin, da sie nach Ausschluss der Beigeladenen das preislich günstigste Angebot abgegeben hat.

Soweit vorgetragen wird, dass das auch Angebot der Antragstellerin auszuschließen ist, weil die Antragstellerin selbst nicht leistungsverzeichniskonform angeboten habe, so vermag dies im gegenwärtigen Verfahrensstadium deren Rechtsverletzung nicht zu negieren.

Zwar wurden Zweifel an der Leistungsverzeichniskonformität des Angebots der Antragstellerin vorgebracht. Es ist jedoch nicht zweifelsfrei ersichtlich, ob diese im vorliegenden Fall tatsächlich durchgreifen und den zwingenden Ausschluss der Antragstellerin rechtfertigen.

Die Vergabestelle hat die Antragstellerin bis jetzt noch nicht formal vom Verfahren ausgeschlossen. Es obliegt zunächst ihr, nicht der Vergabekammer, zu prüfen, ob hier tatsächlich ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin vorzunehmen ist und im Falle der Bejahung eines solchen Ausschlussgrundes diesen Ausschluss zu verfügen. Sie hat die Angebote der anderen Bieter ausweislich der Vergabeunterlagen aber bislang insgesamt nicht vollständig geprüft. Daher verbleibt es gegenwärtig bei der Verletzung der Antragstellerin in ihrem Recht, dass das Vergabeverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wird.

Bei Fortsetzung des Vergabeverfahrens und Durchführung der Wertung der verbleibenden Angebote sind die Bieter, auf deren Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden soll, gemäß § 134 GWB zu informieren.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a)

Die Vergabestelle und die Beigeladene tragen die Verfahrenskosten je zur Hälfte, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen sind, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.

b)

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der Antragstellerin ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

c)

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war für die Antragstellerin notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, sodass es der Antragstellerin nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

d)

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und Abs. 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der Antragstellerin und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

e)

Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die Antragstellerin zurücküberwiesen.

Die Vergabestelle ist gemäß § 182 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

Die Kostenrechnung für die Beigeladene wird nachgereicht.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....

.....