



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 - 14/17

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren des

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragstellerin -

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Weber auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 2017 am 17. Februar 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand der Wertung der Angebote zurückzusetzen und das

Vergabeverfahren unter Einschluss des Angebotes der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer fortzusetzen.

2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen gesamtschuldnerisch die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie je zur Hälfte die zur Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

### **Gründe:**

#### I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] gemeinschaftsweit bekannt. Die Antragstellerin (ASt) wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen den Ausschluss ihres Angebots wegen aus Sicht der Ag widersprüchlicher Angaben in Bezug auf die Lohnleitung.

1. Gemäß lit. C) der Angebotsaufforderung sind folgende Anlagen „soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen“:

- 213 H *Angebotsschreiben*
- Teile der Leistungsbeschreibung: Leistungsverzeichnis/ Leistungsprogramm*
- 124 EU *Eigenerklärung zur Eignung - EU*
- 221/222 *Angaben zur Preisermittlung entsprechend Formblatt 221 oder 222*
- 224 *Angebot Lohnleitklausel*

Ziffer 3 des Angebotsaufforderungsschreibens sieht vor, dass folgende Nachweise/Angaben/Unterlagen (...) mit dem Angebot einzureichen [sind]“:

- siehe Auftragsbekanntmachung*
- Angaben zur Preisermittlung entsprechend Formblatt 221 oder 222*
- 224 – sofern eine Lohnleitung angeboten werden soll*

Das in Bezug genommene Formblatt 224 („Lohngleitung zum Angebot“) enthält die Möglichkeit für die Abschn.-Nr. 01.01 – 18.03 (Baustelleneinrichtung usw.) sowie für die Abschn.-Nr. 19.01 (Regiearbeiten) eine Lohngleitung vorzusehen. Das Formular enthält den Hinweis, dass

*„wenn kein Änderungssatz angegeben ist, [...] kein Anspruch auf Erstattung von Lohn- und Gehaltsmehraufwendungen [besteht]. Pro Abschnitt ist nur ein Änderungssatz zulässig. Die angebotenen Änderungssätze werden in die Wertung einbezogen.“*

Nach Fußnote 5 ist der sich aus dem Formblatt 224 ergebende Erstattungsbetrag in das LV zu übertragen. Der Erstattungsbetrag wird bei der Wertung berücksichtigt, der Höhe nach aber nicht Vertragsbestandteil.

In der LV Pos. 20.01.0010 ist die Angabe des Pauschalpreises für „Lohngleitung“ vorgesehen. Im von der Ag vorgegebenen Kurz-LV findet sich bei der Position ebenfalls der Hinweis, dass der Erstattungsbetrag bei der Wertung berücksichtigt wird, er aber der Höhe nach nicht Vertragsbestandteil werden wird.

Die Richtlinien zu 321.H, Kapitel 5.6.2.3 des Vergabehandbuchs [...] sehen in Bezug auf verschiedene Fallkonstellationen in Bezug auf die Lohngleitklausel folgende Vorgehensweisen vor:

*„5.6.2.3 Lohngleitklausel*

*Bei der Angebotswertung sind die folgenden Fallkonstellationen möglich und entsprechend zu berücksichtigen:*

- Das LV enthält in der für den Übertrag des Erstattungsbetrages vorgesehenen Position (siehe Richtlinie 100 Nummer 4.8.5) einen Erstattungsbetrag, das Formblatt 224 liegt dem Angebot aber nicht bei: Das Angebot ist auszuschließen, da es an einer preisrelevanten Angabe (Änderungssatz Spalte 4 Formblatt 224) fehlt. Hierbei handelt es sich auch nicht um eine unwesentliche Position, so dass § 16 Abs. 1 Nr. 1c keine Anwendung finden kann.*
- Das LV enthält einen Erstattungsbetrag, das Formblatt 224 liegt ausgefüllt bei, die Angaben sind jedoch widersprüchlich: Der nachgerechnete Erstattungsbetrag aus dem Formblatt 224 ist maßgeblich und in das LV zu übertragen.*

- *Das LV enthält einen Erstattungsbetrag, das Formblatt 224 liegt unausgefüllt bei: Das Angebot ist auszuschließen.*
- *Das LV enthält keinen Erstattungsbetrag, das Formblatt 224 liegt ausgefüllt bei: Im Rahmen der Nachrechnung wird der Erstattungsbetrag aus dem Formblatt 224 in das LV übernommen.*
- *Das LV enthält keinen Erstattungsbetrag, das Formblatt 224 liegt nicht oder als Blankett bei: Damit handelt es sich um ein Festpreisangebot, das als solches zu werten ist.“*

Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis (Ziff. 6 der Angebotsaufforderung).

Die ASt gab am 20. Dezember 2016 ein Angebot ab. Bei der Position 20.01.0010 „Lohnleitklausel“ des Leistungsverzeichnisses trug die ASt ihren Verrechnungslohn (zweistelliger Euro-Betrag) ein. Das Formblatt 224 reichte die ASt unausgefüllt mit ihrem Angebot ein.

Ausweislich des Submissionsergebnisses vom 21. Dezember 2016 hat die ASt das preislich führende Angebot abgegeben ([...]). Auf Platz 2 ist im ursprünglichen Submissionsprotokoll mit der Angebotsnummer 13 „[...]“ eingetragen ([...]). Mit Nachtrag vom 22. Dezember 2016, 9.38 Uhr, wurde das Angebot Nr. 13 auf die Bietergemeinschaft der Bg umgestellt (Formblatt 313.0). Dieser Nachtrag enthält die Namen der beiden Vertreter der Vergabestelle, ist jedoch nicht unterschrieben oder signiert.

Mit Schreiben vom 5. Januar 2017 forderte die Ag die ASt auf (u.a.) das Formblatt 223 einzureichen sowie Angaben zu den von den Nachunternehmern zu erbringenden LV-Positionen zu machen. Eine Nachforderung des Formblattes 224 seitens der Ag ist nicht erfolgt. Dieser Aufforderung kam die ASt fristgerecht nach. Im nachgereichten Formblatt 223 wird bei der Position „Lohnleitung“ derselbe zweistellige Euro-Betrag wie im LV ausgewiesen.

Die Ag teilte der ASt mit Schreiben vom 17. Januar 2017 zunächst mit, dass deren Angebot mangels Vollständigkeit ausgeschlossen werde, da es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen erfülle. Mit weiterem Schreiben vom 19. Januar 2017 wiederholte die Ag diese Ausschlussbegründung gegenüber der ASt und teilte ihr zusätzlich gem. § 134 GWB mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der „[...]“ (der Beigeladenen, Bg) zu erteilen.

Hiergegen wandte sich die ASt mit Schreiben vom 19. und 20. Januar 2017 sowie mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 27. Januar 2017. Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 24. Januar 2017 ab, den Rügen zu entsprechen.

2. Mit einem am 27. Januar 2017 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Nachprüfungsantrag hat die Kammer der Ag am gleichen Tag übermittelt.
  - a) Die ASt trägt vor, dass die Ag sie zu Unrecht wegen widersprüchlicher Angaben zur Lohngleitklausel ausgeschlossen habe. Aus dem Angebot ergebe sich, dass die ASt keine Lohnleitung beanspruche.

Die Forderung der Ag nach Abgabe des Formblattes 224 und der LV-Position 20.01.0010 bzgl. der Lohnleitung sei – das Verständnis der Ag unterstellt – unklar und in sich widersprüchlich. Ein Bieter, der – wie die ASt – keine Lohnleitung beanspruchen wolle, sehe sich mit der LV-Position konfrontiert, die zwingend auszufüllen sei. Die ASt habe daher – um einen Ausschluss wegen einer bewusst „freigelassenen“ LV-Position zu vermeiden – ihren normalen, unveränderten Verrechnungslohn und damit gerade ohne Lohnleitung eingetragen. Konsequenterweise habe sie auch das Formblatt 224 unausgefüllt mit eingereicht, da sie keine Lohnleitung beanspruchen wolle. Dies sei nach den Vorgaben des Angebotsaufforderungsschreibens auch möglich gewesen, da das Formblatt 224 insoweit „*nicht erforderlich*“ gewesen sei.

Aus Sicht der ASt liege schon deshalb kein Widerspruch zwischen ihren Angaben vor, weil ausweislich des Formblatts 224 ohne in diesem gemachten Eintragungen kein Anspruch auf Erstattung von Lohn- und Gehaltsmehraufwendungen bestehe. Genau dies sei die Intention der Vorgehensweise der ASt gewesen. Darüber hinaus werde die Lohngleitklausel in der LV-Position 20.01.0010 der Höhe nach ohnehin nicht Vertragsbestandteil und sei damit kein von der Ag geforderter Preis, weshalb auch keine wertungs- oder leistungsrelevante LV-Position fehle. In der Gesamtschau mit dem Formblatt 224 seien die Angaben daher unverbindlich. Aus Sicht eines fachkundigen Bieters stellten sich die Angaben somit als nicht zwingend dar, so dass

schon keine klare und wirksame Forderung nach den Angaben aufgestellt worden sei.

Ein Ausschluss wegen einer fehlenden Preisangabe im Formblatt 224 komme schon deshalb nicht in Betracht, weil nichts fehle. Die ASt habe gerade keine Lohnleitung beanspruchen wollen, so dass ihr Angebot vollständig sei. Das Blanko-Formular 224 sei als Forderung von 0,00 Euro in Bezug auf die Lohnleitung auszulegen. Dies ergebe sich auch daraus, dass die ASt durch die Wiederholung des unveränderten Verrechnungslohns zu erkennen gegeben habe, dass sie keine Veränderung seiner Höhe während der Vertragsdurchführung zu begehren gedenke.

Hielte man die Angabe zur Lohnleitung für eine preisrelevante Position, wäre ebenfalls kein Ausschluss möglich: Wenn selbst das Fehlen einer echten Preisposition nicht zwingend zum Ausschluss führe (§ 16 EU Nr. 3 S. 2 VOB/A), dann müsse die erst recht bei einer – wie hier – rein informatorischen Position ohne Vertrag- und Wertungsrelevanz gelten. Darüber hinaus sei in Anbetracht des Gesamtvolumens des Auftrags von ca. 5 Mio. € die „Preis“position der Lohnleitung vollkommen unwesentlich, so dass ohnehin die Ausnahme des § 16 EU Nr. 3 S. 2 2. HS VOB/A greife. Höchst hilfsweise könne die Ag gegebenenfalls die Position mit dem höchsten Wettbewerbspreis werten; auch dann wäre der ASt angesichts des Preisabstandes zur Bg von fast [...] € brutto der Zuschlag zu erteilen. Eine Manipulation des Wettbewerbsergebnisses durch die ASt scheidet bei jeder denkbaren Vorgehensweise der Ag aus.

Wenn die Ag die Auslegung (Angebot eines Erstattungsbetrags von 0,00 €) nicht nachvollziehen könne, müsse sie jedenfalls die Angabe gemäß § 16a EU VOB/A nachfordern, da sie dann in diesem Sinne fehle. Erst wenn die Nachforderungsfrist fruchtlos verstrichen sei, könne die Ag das Angebot der ASt ausschließen. Der Bg habe die Ag nachgelassen, eine Vorstatik und damit eine preisbildende Unterlage für verbindliche Positionen (hier: 16.01.15 des LV) nachzureichen. Aus Gründen der Gleichbehandlung müsse die Ag auch der ASt gestatten, auf entsprechende Nachforderung hin das Formblatt 224 nachzureichen.

Darüber hinaus habe die Ag die ASt zum Nachreichen bestimmter Unterlagen aufgefordert. Sie selbst sei daher davon ausgegangen, dass die ASt nicht wegen

vermeintlicher Widersprüche oder Unklarheiten in ihrem Angebot ausgeschlossen werden müsse. Hätte die Ag wegen der Eintragung der ASt in der LV-Position 20.01.0010 bzw. der Nichtabgabe von Erklärungen Bedenken gehabt, hätte sie das Angebot auf der ersten Stufe ausschließen müssen und von einer Nachforderung abgesehen. Unerfindlich sei, weshalb die Ag von diesem zutreffenden Ergebnis des Bestehens der Formalprüfung abgerückt sei.

Dass die ASt im nachgereichten Formblatt 223 den Verrechnungslohn an der entsprechenden Stelle ebenfalls eingetragen habe, sei ohne Belang. Die Wiederholung des Betrages aus der LV-Position 20.01.0010 sei in konsequenter Verfolgung der Intention erfolgt, den unveränderten Verrechnungslohn auszuweisen und damit keine Lohnleitung anbieten zu wollen. Jede andere Eintragung hätte zu einem Widerspruch zum Angebot geführt.

Sofern die Ag in diesem Zusammenhang dennoch einen Widerspruch zwischen der Eintragung der bepreisten Position im LV und dem unausgefüllten Formblatt 224 der ASt zu erkennen glaubte, wäre sie – auch unter Berücksichtigung des ihr zustehenden Ermessens – verpflichtet gewesen, diesen Widerspruch vor einem Ausschluss aufzuklären. Sinn und Zweck des Formblattes 224 sei, die Kalkulation einer geltend gemachten Lohnleitung aufklären zu können. Die Ag hätte daher nachfragen müssen, ob der im LV ausgewiesene Preis gelten solle oder die ASt ohne Preisleitung anbiete. Angesichts der geringen Höhe der LV-Position 20.01.0010 im Verhältnis zum Gesamtvolumen und dem Abstand zwischen der ASt und der Bg von ca. [...] € brutto müsse eine Ermessensreduzierung auf Null und damit sogar von einer Verpflichtung zur Aufklärung ausgegangen werden. Der bloße Verweis auf die Ausschlussbedürftigkeit des Angebots nach dem VHB [...] ersetze jedenfalls keine Ermessenserwägungen der Ag, zumal dieses ebenfalls von einer Aufklärungsmöglichkeit ausgehe. Insofern sei auch die Begründung in der Mitteilung nach § 134 GWB zu pauschal, zumal die Bieter nicht das VHB [...] kennen müssten. Das VHB [...] selbst lasse eine Aufklärung der Änderungssätze anhand der Urkalkulation und sogar eine einseitige Änderung der Sätze durch den Auftraggeber bei unzulässigen Zusammensetzungen zu (Ziff. 3 der Richtlinien zur Prüfung von Lohnleitklauseln). Die hier folglich gebotene Aufklärung wäre auch keine unzulässige Nachverhandlung gewesen. Die Antwort der ASt hätte nur das bestätigt, was sich ohnehin aus dem Angebot ergebe, nämlich dass der Erstattungsbetrag im

LV kein Vertragsbestandteil werde und dass ein Änderungssatz im Formblatt 224 mangels Lohnleitungsbeanspruchung nicht auszuweisen gewesen sei.

Die einzige Konsequenz der Vorgehensweise der ASt sei, dass ihr Verrechnungslohn zum Angebotspreis zu addieren sei, so dass sich die ASt bei der Preiswertung marginal schlechter stelle. Aber auch dann sei ihr angesichts des Preisabstandes zur Bg der Zuschlag zu erteilen.

Mit ihrem Vortrag bezüglich des Ausschlusses wegen der Lohnleitungs-Angaben sei die ASt auch nicht präkludiert. Die Unklarheiten in den Vergabeunterlagen hätten sich erst durch den Ausschluss manifestiert und seien von der ASt nicht bei Angebotserstellung zu erkennen gewesen. Aus Sicht der ASt sei ihre Vorgehensweise bei den Eintragungen stringent in Umsetzung der Anforderungen der Ag erfolgt. Dass die Ag in Verbindung mit den falschen Vorgaben des VHB [...] im Gegensatz zu den Vorstellungen der ASt Widersprüche konstruiere, sei für die ASt vor Angebotsabgabe nicht erkennbar gewesen. Auch hier gelte, dass die Ag selbst zunächst vom Bestehen der Formalprüfung des Angebots ausgegangen sei und die Bieter es nicht besser wissen müssten als der Auftraggeber selbst.

Die Bg sei auszuschließen, weil der Grundsatz der Bieteridentität durch ihre Beteiligung nicht gewahrt worden sei. Das Angebot stamme ausweislich des Submissionsprotokolls von einem [...]. Der Zuschlag solle jedoch der Bg erteilt werden. Der von der Ag im Nachprüfungsverfahren eingereichte und nach ihrem Vortrag allen Bietern zugeleitete Nachtrag, welcher die Bg insgesamt ausweise, sei der ASt nicht zugegangen. Ein Wechsel zwischen den Identitäten führe jedoch zum Ausschluss des Angebots. Auch das Schreiben nach § 134 GWB sei insofern unzureichend als es nur die Bezeichnung der Bietergemeinschaft, nicht jedoch die Namen ihrer Mitglieder angegeben worden sei. Die ASt könne ohne diese Aufzählung nicht ableiten, ob gegen einzelne Bietergemeinschaftsmitglieder Gründe für eine Anfechtung bestünden.



Die ASt beantragte zunächst:

1. Der Ag wird untersagt, im Vergabeverfahren „[...]“ den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.
2. Der Ag wird aufgegeben, den Zuschlag auf das Angebot der ASt zu erteilen.
3. Hilfsweise. Der Ag wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor der Angebotswertung zurückzusetzen.
4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt wird für notwendig erklärt.
5. Die Ag trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.

Ferner beantragt die ASt Akteneinsicht gem. § 165 GWB in die Vergabeakten der Ag, einschließlich aller notwendige Neben- und/oder Beiakten.

Für den Fall, dass der Zuschlag zwischenzeitlich erteilt wird, beantragt die ASt darüber hinaus, den erteilten Auftrag für unwirksam zu erklären.

In der mündlichen Verhandlung vom 15. Februar 2017 erklärte der Verfahrensbevollmächtigte der ASt, die Anträge zu 2) und zu 3) in ihrer Reihenfolge umgedreht werden sollen, so dass der Antrag auf Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der ASt als Hilfsantrag gestellt wird.

b) Die Ag beantragt:

Den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Ag trägt vor, dass das Angebot der ASt zu recht von der weiteren Wertung ausgeschlossen worden sei. Demgegenüber habe die Ag die Bg nicht ausschließen müssen, denn diese habe sich ausschließlich als Bietergemeinschaft am Verfahren beteiligt, so dass ein Verstoß gegen den Grundsatz der Bieteridentität nicht vorliege. Im Einzelnen:

Der Inhalt des Angebots der ASt sei in sich widersprüchlich. Einerseits bepreise sie in der LV-Pos. 20.01.0010 die Lohnleitung mit einem zweistelligen Euro-Betrag, was in Formblatt 223 (Aufgliederung der Einheitspreise) von ihr wiederholt werde. Andererseits erkläre sie durch das unausgefüllt gebliebene Formblatt 224, keine Lohnleitung in Anspruch nehmen zu wollen. Bei Zuschlagserteilung stünde nicht fest, welcher Inhalt bezüglich der Lohnleitung gelten solle. Das Angebot der ASt könne daher nicht durch ein einfaches „Ja“ angenommen werden.

Mit einer Auslegung komme die Ag auch nicht weiter, da der Wortlaut des Angebotes an dieser Stelle durch die Bepreisung der LV-Position zur Lohnleitung eindeutig sei; auch systematisch, historisch oder teleologisch sei nicht eindeutig ermittelbar, dass die ASt – so ihr Vortrag – keine Lohnleitung angeboten habe.

Entsprechend sähen die Richtlinien des VHB [...] vor, dass bei Eintragung eines Lohnleitungs-Preises im LV und Einreichen eines unausgefüllten Formblattes 224 der Ausschluss des betreffenden Angebots zu erfolgen habe (wortgleich so auch im VHB [...]). Auch habe die von der Vergabestelle eingeschaltete Landesbaudirektion den Ausschluss des Angebotes der ASt aus diesem Grund verfügt, so dass die Vergabestelle nicht ohne weiteres davon abweichen könne.

Eine Aufklärung des Angebotsinhaltes habe nicht erfolgen müssen bzw. können. Zwar ergebe die Ausweisung eines zweistelligen Betrages für die Lohnleitung in der LV-Pos. 20.01.0010 tatsächlich mathematisch keinen Sinn, da bei Rückrechnung aus diesem Betrag auf den dahinterliegenden Änderungssatz erst in der 10. Nachkommastelle ein materielles Ergebnis auftrete. Die Ag sei indes im Ausgangspunkt nicht verpflichtet, festgestellte Widersprüche aufzuklären. Auch könnte die von der ASt eingeforderte Aufklärung dazu führen, dass diese den einen oder den anderen Angebotsinhalt gelten lasse, was nach erfolgter Submission einer unzulässigen Nachverhandlung gleichkomme und generell den Bietern Manipulationsmöglichkeiten eröffne. Daher sei es letztlich auch irrelevant, dass es nur um einen zweistelligen Euro-Betrag in der Wertung gehe. Die ASt müsse die Formstrenge des Vergaberechts gegen sich gelten lassen.

Entgegen dem Vortrag der ASt seien die Vorgaben der Ag auch nicht unklar. Jedenfalls habe die ASt etwaige Unklarheiten oder Widersprüche im

Vergabeverfahren nicht geltend gemacht oder zumindest Bieterfragen diesbezüglich gestellt.

- c) Mit Beschluss vom 31. Januar 2017 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg trägt vor, dass der Nachprüfungsantrag unbegründet sei.

Die Ag sei nicht verpflichtet gewesen, Angaben zu Preisen nachzufordern, da sich die Nachforderungspflicht nur auf Unterlagen, nicht jedoch auf Preise beziehe. Soweit Unterlagen unausgefüllt eingereicht worden seien, komme ebenfalls keine Nachforderung in Betracht, da auch hier nichts fehle, sondern inhaltlich etwa Falsches abgegeben worden sei.

Soweit die ASt verlange, dass eine Aufklärung ihres Angebotsinhaltes seitens der Ag hätte vorgenommen werden müssen, verkenne sie, dass der Ag diesbezüglich ein Ermessen eingeräumt werde. Eine Pflicht zur Aufklärung bestehe gerade nicht.

Die bei der Bg von der Ag nachgeforderten Erklärungen seien von ihr fristgerecht nachgereicht worden. Die Vorgehensweise der Ag sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden; im Gegenteil sei diese zur Nachforderung verpflichtet (§ 16a EU VOB/A).

Ein Bieteridentitätswechsel – wie ihn die ASt vermute – habe nicht stattgefunden. Dies sei aus dem Nachtrag zum Submissionsprotokoll auch ersichtlich. Die von der Ag verwendete Plattform habe Schwierigkeiten, Bietergemeinschaften ordnungsgemäß zu verarbeiten, was die Ag durch den Nachtrag korrigiert habe. Die ASt sei jedenfalls nicht in ihren Rechten verletzt, da die Mitteilung nach § 134 GWB zutreffend die Bg und nicht nur eines ihrer Mitglieder ausgewiesen habe.

Soweit die ASt vorgetragen hat, dass sie durch Unklarheiten und Widersprüche in den Vergabeunterlagen thematisiere, sei sie präkludiert, da sie dies nicht vor Angebotsabgabe gerügt habe.

Die Kammer solle letztlich prüfen, ob der vergaberechtliche Schwellenwert überhaupt erreicht werde, da der Nettopreis des Angebots der Bg bei ca. [...] € liege.

Die Bg beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
  2. Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Aufwendungen und Auslagen der Bg trägt die ASt.
  3. Es wird festgestellt, dass es für die Bg erforderlich war, sich anwaltlicher Hilfe zu bedienen.
3. Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 15. Februar 2017 wurde der Sachverhalt umfassend mit der Vergabekammer erörtert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.
4. Der von der Bg im Nachgang zur mündlichen Verhandlung am 16. Februar 2016 eingereichte, nicht nachgelassene Schriftsatz macht nicht den Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung erforderlich.

In ihrem Schriftsatz betont die Bg das Vorliegen eines Widerspruchs im Angebot der ASt und das Ermessen des Auftraggebers, ob er diesen Widerspruch aufkläre. Denn zunächst sei es Sache des Bieters ein zweifelsfreies Angebot vorzulegen. Auch habe die ASt keinen Anspruch auf (unzulässige) Nachverhandlungen, was nach dem Wortlaut des § 15 EU VOB/A insbesondere für die hier in Streit stehenden wesentlichen Preisangaben gelte. Eine Aufklärung bei Preisen sei nur über die Angemessenheit erlaubt. Die OLG Düsseldorf - Rechtsprechung zur Auslegung bei falscher Verwendung der elektronischen Signatur bzw. Bezuschlagung von Angeboten nach Ablauf der Bindefrist zum Erhalt wirtschaftlicher Angebote seien keine vergaberechtlichen, sondern Billigkeitsentscheidungen und mit der vorliegenden Konstellation nicht vergleichbar.

## II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist begründet.

1. Der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen ist eröffnet, die persönlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Antrag liegen ebenfalls vor.
  - a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb des für Bauleistungen maßgeblichen Schwellenwertes, sind erfüllt. Zwar liegt der Nettoauftragswert gemessen am Angebotspreis Bg – sowie auch der ASt – unterhalb des Schwellenwertes. Hierauf kommt es jedoch nicht entscheidungserheblich an. Die Schätzung des Nettoauftragswertes durch die Ag ergab einen Betrag oberhalb der Schwelle. Dass sich letztlich im Wettbewerb niedrigere Preise ergeben haben, lässt die Auftragswertberechnung der Ag nicht ex post als fehlerhaft erscheinen. Selbst wenn die Ag zu hoch geschätzt haben sollte, wäre der streitgegenständliche Auftragswert jedoch mit den ebenfalls ausgeschriebenen Leistungen an [...] zu addieren, so dass jedenfalls dann der Schwellenwert überschritten worden wäre.
  - b) Die ASt ist auch antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 Satz 1 GWB). Ihr bestehendes Interesse am Auftrag hat sie durch die Abgabe ihres Angebotes, die von ihr erhobenen Rügen und das Stellen des hiesigen Nachprüfungsantrags dokumentiert. Den Vortrag der ASt als richtig unterstellt, ist ihr Angebot zu Unrecht ausgeschlossen worden. Hierdurch droht der ASt auch die Entstehung eines Schadens, da sie ausweislich der Submission das preislich führende Angebot abgegeben hat, so dass dieses – unbeschadet der weiteren Prüfung durch die Ag –grundsätzlich für den Zuschlag in Betracht kommt.
  - c) Die ASt hat ihren Rügeobliegenheiten genügt, indem sie den angekündigten Ausschluss ihres Angebots gegenüber der Ag innerhalb der 10-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt hat. Soweit die ASt im Nachprüfungsverfahren vorgetragen hat, dass sie sich durch die Vorgaben in den Vergabeunterlagen zu der von ihr gewählten Vorgehensweise (Bepreisung der Lohngleitungs-Position, Einreichung des unausgefüllten Formblatts 224) veranlasst worden sei, ist sie ebenfalls nicht präkludiert. Eine Rügeobliegenheit vor Angebotsabgabe (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB) kann nicht festgestellt werden, da eine Erkennbarkeit der vermeintlichen Unklarheiten aus Sicht der ASt erst eintrat, als sie von der Ag damit konfrontiert wurde, dass ihr Angebot nicht alle Vorgaben einhält. Vor der

Angebotsabgabe bestand keine Veranlassung für die ASt das Verhältnis zwischen der LV-Position und dem Formblatt 224 einer Bieterfrage oder einer Rüge zuzuführen.

- d) Die ASt hat ihren Nachprüfungsantrag auch innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gestellt.
2. Der Nachprüfungsantrag erweist sich auch als begründet. Ein Ausschluss des Angebots der ASt wegen widersprüchlicher Angaben (dazu sub a)) kommt ebenso wenig in Betracht wie dessen Ausschluss wegen fehlender Preisangaben (dazu sub b)). Die Bg ist – bei Fortführung des Vergabeverfahrens nach dessen gebotener Zurückversetzung – nicht wegen eines Bieteridentitätswechsels auszuschließen (dazu sub c)).
- a) Das Angebot der ASt weist nach Auslegung seines Angebotsinhalts keine ausschlussbegründenden Widersprüchlichkeiten auf (dazu sub aa)). Jedenfalls wäre es einer Aufklärung zugänglich gewesen (dazu sub bb)).
- aa) Gemessen an den Vorgaben der Ag ist das Angebot der ASt allenfalls bei schematischer Betrachtung im Ausgangspunkt widersprüchlich, diese Widersprüchlichkeit lässt sich jedoch schon durch Auslegung des Erklärungsgehalts beseitigen.

Gemäß lit. C) der Angebotsaufforderung sollten gewisse Anlagen, darunter auch das Formblatt 224 zur Lohnleitung, „*soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot*“ eingereicht werden. Da die ASt keine Lohnleitung anbieten wollte, war es aus ihrer Sicht in diesem Sinne auch nicht erforderlich, Angaben in dem Formblatt 224 zu machen und es folglich unausgefüllt einzureichen. Damit hat die ASt auf die Beanspruchung von Gehalts- und Lohnmehraufwendungen während der Vertragsdurchführung verzichtet. Hierzu steht die Angabe eines zweistelligen Euro-Betrages in der LV-Pos. „*Lohnleitung*“ 20.01.0010 letztlich nicht in Widerspruch. Zwar stellt die Lohnleitung in der LV-Position das übertragene Ergebnis der Rechenoperation im Formblatt 224 dar (Erstattungsbetrag), so dass jede von 0,00 abweichende Zahl einen Widerspruch darstellt. Vorliegend lässt sich die Angabe des zweistelligen Euro-Betrages jedoch unschwer als Angabe des unveränderten Verrechnungslohns ermitteln und damit als Wiederholung des Verzichts auf Lohnänderungen auslegen.

Auch für Angebote, die in Vergabeverfahren abgegeben werden, gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze einschließlich der Auslegungsvorschriften der §§ 133, 157 BGB. Erst wenn diese Auslegung zu keinem zweifelsfreien Ergebnis führt und gegebenenfalls eine sich daran anschließende Aufklärung scheitert, ist das Angebot zwingend auszuschließen (st. Rspr. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2016, VII-Verg 48/15; vom 12. Dezember 2012, VII-Verg 38/12; vom 27. September 2006, VII-Verg 36/06; vom 6. Dezember 2004, VII-Verg 79/04; OLG München, Beschluss vom 29. Juli 2010, Verg 9/10; OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Juni 2012, 11 Verg 12/11; EuG, Urteil vom 10. Dezember 2009, Rs. T-195/08; EuGH, Urteile vom 10. Oktober 2013, Rs. C-336/12, und vom 29. März 2012, Rs. C-599/10). Eine Grenze für die Auslegung wird dann erreicht, wenn sie zu einer derartigen nachträglichen Berichtigung führt, dass in Wirklichkeit ein neues Angebot eingereicht wird. Vorliegend lässt sich aus dem Angebot selbst ableiten, dass der Verrechnungslohn in unveränderter Höhe während der gesamten Vertragslaufzeit gelten soll. Die Ag selbst hat bestätigt, dass die Angabe einer zweistelligen Euro-Angabe in der Leistungsposition mathematisch keinen Sinn macht und sie nicht nach der vorgegebenen Berechnungsmethode für die Lohngleitung (vgl. Beispiel im Formblatt 224) errechnet worden sein kann. Schon angesichts der Angebotssumme der ASt kann ein zweistelliger Betrag offensichtlich keinen Erstattungsbetrag und damit die Beanspruchung einer Lohngleitung darstellen. Wenn die Ag jedoch erkennt, dass ein mathematisch perplexer Erstattungsbetrag als Lohngleitung eingetragen wurde, hätte sie nicht schematisch und rein formal bei der Feststellung eines Widerspruch zum Formblatt 224 stehenbleiben dürfen. Sie hätte vielmehr in der Folge aus dem Kalkulationsblatt für den Stundenverrechnungssatz 221 und damit aus dem Angebot selbst ableiten können, dass in der Preisposition zur Lohngleitung der unveränderte Verrechnungslohn eingetragen wurde. Nur dieses Ergebnis ergibt bei lebensnaher Betrachtung einen Sinn. Der sich hieraus ergebende Verzicht auf eine Lohngleitung steht auch im Einklang mit dem unausgefüllt eingereichten Formblatt 224; ein Widerspruch besteht nach Auslegung des Angebots mithin nicht.

bb) Selbst wenn man mit der Ag und der Bg davon ausginge, dass eine Auslegung durch die Ag selbst nicht zum Ziel führte, weil die Preisangabe in der LV-Pos 20.01.0010 schematisch als Forderung nach einer Lohngleitung zu interpretieren sei, dürfte das Angebot der ASt nicht automatisch und ohne weitere Maßnahmen der

Ag zwingend ausgeschlossen werden. Denn vor der Entscheidung über den Ausschluss hätte die Ag die von ihr vermutete Widersprüchlichkeit aufklären können und dies auch tun müssen.

Gemäß der Intention der VOB/A, Angebotsausschlüsse aus lediglich formalen Gründen nach Möglichkeit zu vermeiden, darf der öffentliche Auftraggeber Angebote, die bei Vorliegen formaler Mängel, etwa wegen widersprüchlicher Angaben, an sich "ausschlusswürdig" sind, nicht ohne Weiteres von der Wertung ausnehmen, ohne den von einem Ausschluss bedrohten Bieter zuvor zu einer Aufklärung über den Inhalt des Angebots aufzufordern und ihm Gelegenheit gegeben zu haben, den Tatbestand der Widersprüchlichkeit nachvollziehbar auszuräumen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 35/15; vom 11. Mai 2016, VII-Verg 50/15; OLG Schleswig, Beschluss vom 11. Mai 2016, 54 Verg 3/16). Bei Einräumung dieser Möglichkeit hätte die ASt durch den einfachen Verweis auf den unveränderten Verrechnungslohn – analog zu ihrem Vortrag im Nachprüfungsverfahren – den Widerspruch beseitigen können.

Die Eröffnung einer derartigen Klarstellungsmöglichkeit verstößt auch nicht gegen das Nachverhandlungsverbot des § 15 EU Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VOB/A. Eine Klarstellung des Angebotsinhalts ist im Rahmen der Aufklärung zulässig, eine nachträgliche Änderung des Angebots – etwa durch das Einfügen eines neuen Preises – wäre unstatthaft (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2016, VII-Verg 48/15). Die Aufklärung hätte jedoch keinen neuen Preis abgefragt, sondern nur der Berechnungsmethode für den (hypothetischen) Änderungssatz gegolten. Die ASt hätte indes nur bestätigt, dass das Formblatt 224 gilt und auch der ausgewiesene Verrechnungslohn während der gesamten Vertragslaufzeit bestehen bleibt.

Eine wie auch immer geartete Manipulationsmöglichkeit der ASt scheidet im vorliegenden Fall ebenfalls aus. Die Ag hat selbst vorgetragen, dass sich bei einer Rückrechnung des von der ASt ausgewiesenen zweistelligen Euro-Betrages im LV erst in der zehnten Nachkommastelle ein Resultat für einen fiktiven Änderungssatz zeige. Eine Auswirkung auf die Preise bei der Wertung bzw. die Wertungsreihenfolge der Bieter ist bei diesem Befund ebenso wenig zu befürchten wie Auswirkungen bei der späteren Vertragsdurchführung; denn selbst unter Zugrundelegung dieses fiktiven Änderungssatzes ergäbe sich keine Lohnsteigerungsmöglichkeit.



Letztlich kann sich die Ag zur Begründung der Unzulässigkeit einer Aufklärung nicht darauf berufen, dass nach dem VHB [...] der Ausschluss der ASt in der vorliegenden Konstellation ohne weitere Aufklärung vorgegeben sei. Als reines Verwaltungsinternum kann das Vergabehandbuch nicht die Vorgaben des BGB, des GWB und der VOB/A derogieren.

- b) Ein Ausschluss wegen fehlender Preisangaben im Formblatt 224 (insbesondere des Änderungssatz) kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil nach Auslegung des Angebotes der ASt keine Angabe fehlt, sondern dessen Nichtausfüllung dem tatsächlichen Willen der ASt entspricht. Die Eintragungen im Formblatt 224 sind darüber hinaus auch nicht als Preisangaben i.S.d. § 16 EU Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zu werten. Das Formblatt 224 ist vielmehr als Kalkulationsabfrage zu bewerten, die ähnlich wie die Bekanntgabe der Urkalkulation oder der Kalkulation der Stundenverrechnungssätze zu dem Zweck abgefordert wurde, bei der Beurteilung des Änderungssatzes im Fall von späteren Tarifierhöhungen und damit zur Berechnung der neuen Lohnansätze herangezogen zu werden. Dies hat die Ag in der mündlichen Verhandlung auch so bestätigt. Ihr kam es auf die Berechnungsmethode des Änderungssatzes der Lohnleitung für eine eventuell eintretende Tarifierhöhung während des Bauausführungszeitraums an, nicht auf die konkrete Höhe der Lohnleitung im LV. Dafür spricht auch, dass ausweislich der Fußnote 5 des Formblattes 224 dieser „Preis“ der Lohnleitung (Erstattungsbetrag) der Höhe nach gerade nicht Vertragsbestandteil wird. Ein analoger Hinweis findet sich nochmals im Kurz-LV-Text.

In rechtlicher Hinsicht handelt es sich somit um eine – für den potentiellen Fall der Beanspruchung einer Lohnleitung – geforderte Erklärung im Sinn des § 13 EU Abs. 1 Nr. 4 VOB/A, nicht aber um eine Preisangabe. Ein Ausschluss bei einer fehlenden, mit Abgabe des Angebotes geforderten Erklärung kommt allerdings erst nach einer – von der Ag hier nicht vorgenommenen – fruchtlosen Nachforderung in Betracht, § 16a EU S. 4 VOB/A.

Selbst wenn man dies anders sähe, wäre die fehlende „Preis“angabe zur Berechnung der Lohnleitung im konkreten Fall kein Grund für einen Ausschluss der ASt, da es sich um keine wesentliche Preisposition handelt (§ 16 EU Nr. 3 2. HS VOB/A. Wie bereits ausgeführt, ergibt sich nach dem Vortrag der Ag bei einer Rückrechnung des

von der ASt ausgewiesenen zweistelligen Euro-Betrages im LV erst in der zehnten Nachkommastelle ein Resultat für einen fiktiven Änderungssatz. In Relation zur Angebotshöhe handelt es sich – unabhängig von der rechtlichen Einordnung – damit um eine zu vernachlässigende Größe.

Da das preislich führende Angebot der ASt nicht auszuschließen ist, ist der Ag zu untersagen, einen Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen, ohne vorher erneut in die Wertung der Angebote unter Einbeziehung des Angebotes der ASt eingetreten zu sein.

- c) Hinzuweisen ist bei Fortführung des Vergabeverfahrens auf Folgendes: Die Bg ist nicht wegen eines unzulässigen Wechsels in ihrer Bieteridentität auszuschließen. Das Angebot wurde von vornherein von der Bg und nicht von dem im ursprünglichen Submissionsprotokoll ausgewiesenen Bietergemeinschaftsmitglied eingereicht. Die Korrektur durch einen Submissionsprotokollnachtrag (§ 14 EU Abs. 5 Nr. 3 VOB/A) begegnet keinen vergaberechtlichen Bedenken, insbesondere ist der Nachtrag nicht wegen fehlender Unterschriften bzw. Signaturen vergaberechtswidrig. Die Nachtragsregelungen gelten nach ihrem Wortlaut zunächst nur für nicht vorliegende Angebote (§ 14 EU Abs. 5 Nr. 1 VOB/A). Das Angebot der Bg lag jedoch rechtzeitig vor, wurde lediglich aufgrund plattformbedingter Probleme dem ersten Bietergemeinschaftsmitglied und nicht der Bg zugeordnet. Selbst wenn man die vorliegende Situation mit einem nicht vorliegenden Angebot für vergleichbar hielte, ist das Unterschriften-/Signaturenerfordernis nur für die Niederschrift, nicht jedoch für den Nachtrag ausdrücklich geregelt (§ 14 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A). Ebenso ist nicht ersichtlich, inwiefern die ASt hierdurch in ihren Rechten verletzt ist. Ein Ausschluss der Bg aufgrund einer unterlassen – unterstellt erforderlichen – Unterschrift/Signatur der Ag kommt daher unter keinem Gesichtspunkt in Betracht.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB, § 80 VwVfG.

Die Ag und die Bg haben als Unterliegende die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch zu tragen und die der ASt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen jeweils hälftig zu erstatten. Die Bg hat sich aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt und Anträge zur Sache gestellt und insoweit auch ein Kostenrisiko auf sich genommen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war mit Blick auf die Komplexität der aufgeworfenen Tatsachen- und Rechtsfragen sowie unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen Ag notwendig.

#### 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 Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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.