



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 111/13

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...] Neubau Instandsetzungshalle, [...] Stahlbauarbeiten“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Wintjen nach Lage der Akten am 13. Dezember 2013 beschlossen:

1. Es wird angeordnet, dass die Antragsgegnerin die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer wiederholt.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin. Die Zuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

II.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites offenes Verfahren zur Vergabe der Stahlbauarbeiten im Rahmen des Neubaus einer Instandsetzungshalle der [...] (Vergabenummer [...]) nach dem 2. Abschnitt der VOB/A durch.

Das Leistungsverzeichnis (LV) enthält u.a. folgende Positionen:

Pos. 1.1.50:

„Längsträger als UK für Hallentore und Verglasung, Profilstahl S235 JR
(...)
Längsträger: bis L300x200x10mm (39,9 kg/m):

Einzellängen:
Längsträger: L = 7m
(...)
[Menge:] 6,100t“;

Pos. 1.1.60:

„Querbalken, Profilstahl S235JR
(...)
Querbalken: HEA 120 (19,9 kg/m).
Einzellängen:
Querbalken: L = 0,7m
(...)
[Menge:] 0,700t“;

Pos. 1.2.80:

„Ausschnitt rechteckig
(...)
[Menge:] 2,000 St“;

Pos. 2.2 Stundenlohnsätze

Pos. 2.2.10 Stundenlohnarbeiten Facharbeiter/-in

„Stundenlohnarbeiten durch Facharbeiter/-in, auf Anordnung des Auftraggebers ausführen, der Verrechnungssatz für die jeweilige Arbeitskraft umfasst sämtliche Aufwendungen wie Lohn- und Gehaltskosten, Lohn- und Gehaltsnebenkosten, Zuschläge, lohngebundene und lohnabhängige Kosten, sonstige Sozialkosten, Gemeinkosten, Wagnis und Gewinn sowie An- und Abfahrt zur/von der Baustelle
[Menge:] 10,000 h“;

Pos. 2.2.20 Stundenlohnarbeiten Helfer/-in

„Stundenlohnarbeiten durch Helfer/-in, auf Anordnung des Auftraggebers ausführen, der Verrechnungssatz für die jeweilige Arbeitskraft umfasst sämtliche Aufwendungen wie

Lohn- und Gehaltskosten, Lohn- und Gehaltsnebenkosten, Zuschläge, lohngebundene und lohnabhängige Kosten, sonstige Sozialkosten, Gemeinkosten, Wagnis und Gewinn sowie An- und Abfahrt zur/von der Baustelle
[Menge:] 10,000 h“.

Zu jeder dieser Positionen war

ein „Einheitspreis in EUR“

sowie ein „Gesamtbetrag in EUR“

einzutragen.

Auf die Bieterfrage, dass kein Stahllieferant die in der Pos. 1.1.50 ausgeschriebenen Profile mit den Maßen L300x200x10 mm liefern könne, teilte die Ag den Bietern am 13. September 2013 mit:

„Auf Bieterfrage und nach Rücksprache mit unserem Bearbeiter folgende Information:

in der Pos. 01.01.0005 (bzw. 0050) können anstelle der L300x200x10mm-Profiile auch L250x90x10mm-Profile angeboten werden.“

Im Zusammenhang mit einer weiteren Bieterfrage zu den Querbalken in der Pos. 1.1.60, ob es möglich sei, dass diese „7m anstatt 0,7m lang sind“ enthält die Vergabeakte eine E-Mail vom 24. September 2013 der von der Ag in das Vergabeverfahren einbezogenen Planungsgesellschaft an eine Mitarbeiterin der Ag mit u.a. folgendem Inhalt:

„Die Angaben im Langtext des LV „0,7m“ sind falsch und müssen richtig „7,0m“ lauten. Die Mengenermittlung zu 0,7t ist jedoch für die 5 Balken zu je 7,0m und 19,9kg/m richtig.“

Nebenangebote waren zugelassen. Das Formblatt 223 war erst auf gesondertes Verlangen der Ag vorzulegen (s. Ziff. 3.2 der Angebotsaufforderung).

U.a. die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) gaben fristgerecht ein Angebot ab.

Das Angebot der ASt enthält zu den o.g. Positionen folgende Eintragungen:

Pos. 1.1.50: Die von der Ag vorgegebenen Maße „300x200x10mm (39,9 kg/m)“ wurden handschriftlich durchgestrichen und unter den entsprechenden Eintragungen der Ag eingefügt:

„250x90x10 26,1kg/m gemäß Bieterinfo“,

die Mengenangabe der Ag „6,100t“ hatte die ASt ebenfalls durchgestrichen und darüber geschrieben:

„4,055t“;

Pos. 1.1.60: Den Wert der von der Ag vorgegebenen Einzellänge des Querbalkens „L = 0,7m“ hatte die ASt durchgestrichen und handschriftlich statt der „0,7m“ eingetragen:

„7,0m“;

In der Pos. 1.2.80 hatte die ASt in der Spalte „Einheitspreis in EUR“ eingetragen:

„35“

und in der Spalte „Gesamtbetrag in EUR“:

„70,-“ (alle weiteren Preisangaben der ASt im LV waren mit dem Zusatz „,-“ versehen.);

In der Pos. 2.2.10 „Stundenlohnarbeiten Facharbeiter/-in“ hatte die ASt einen bestimmten Wert eingetragen,
in der Pos. 2.2.20 „Stundenlohnarbeiten Helfer/-in“ hatte die ASt in der Spalte „Einheitspreis in EUR“ eingetragen:

„0,-“

und in der Spalte „Gesamtbetrag in EUR“:

„0,-“.

Auf entsprechende Nachfrage der Ag reichte die ASt das Formblatt 223 („Aufgliederung der Einheitspreise“) ein. Zur Pos. 2.2.20 gab sie hier an:

„nicht im Einsatz“

sowie als Einheitspreis: „0,-“.

Nach der Wertung der Ag belegt die ASt unter allen Bietern den ersten Rang. Die Ag schloss das Angebot der ASt jedoch wegen Änderung der Verdingungsunterlagen auf der ersten Wertungsstufe aus und hat es daraufhin ausweislich ihres Vergabevermerks vom 11. November 2013 auf den weiteren Wertungsstufen nicht weiter geprüft.

Mit Schreiben vom 8. November 2013 informierte die Ag die ASt darüber, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen werde, und dass der Zuschlag am 19. November 2013 auf das Angebot der Bg erteilt werden solle.

Der Rüge der ASt vom 14. November 2013 half die Ag nicht ab.

2. Mit Schreiben vom 14. November 2013 beantragte die ASt durch ihren Verfahrensbevollmächtigten die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

- a) Zur Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags trägt die ASt vor, es sei reiner Formalismus, wenn sie vor Einlegung des Nachprüfungsantrags die vorliegend negative Entscheidung der Ag über ihre Rüge hätte abwarten müssen. Abgesehen hiervon werde der Ag die Gelegenheit zur Abhilfe durch den unmittelbar nach Rüge eingereichten Nachprüfungsantrag nicht genommen. Etwaige Rechtsnachteile hätte allein die ASt zu tragen, weil sie im Falle der Abhilfe analog § 93 ZPO die Kosten des Nachprüfungsverfahrens hätte tragen müssen.

Im Übrigen meint die ASt, ihr Angebot sei zu Unrecht von der Wertung ausgeschlossen worden. Ihre handschriftlichen Änderungen im LV hätten zumindest als zugelassenes Nebenangebot gewertet werden müssen.

Zwar führe jede Änderung des Leistungsverzeichnisses zwingend zum Ausschluss des Angebots. Dies setze jedoch voraus, dass der öffentliche Auftraggeber die Verdingungsunterlagen ordnungsgemäß, d.h. klar, eindeutig und übersichtlich, aufgestellt habe. Er dürfe nichts fordern, das nicht den anerkannten Regeln der Technik oder den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen entspreche. In der Pos. 1.1.50 LV habe die AG somit keine Profile verlangen dürfen, die am Markt nicht vom Hersteller zu erhalten seien. Bei Profilstahl handele es sich um Walzstahl, der in den ausgeschriebenen Maßen nicht hergestellt werde. Ein Bieter hätte allenfalls ein selbstgefertigtes Winkelprofil mit solchen Maßen, aber keinen „Profilstahl“ anbieten können. Ein solcher Winkel sei mit dem ausgeschriebenen Profilstahl jedoch in qualitativer Hinsicht nicht vergleichbar (Spannungen im Material, Schweißfehler, ggf. veränderte statische Eigenschaften) und müsste vom Bieter völlig anders kalkuliert werden. Die Antwort der Ag auf die Bieterfrage zu Pos. 1.1.50 LV („anstelle“) sei daher so zu verstehen, dass von allen Bietern nur Profile mit den Maßen L250x90x10mm anzubieten seien im Sinne einer Auswechslung der bisher gestellten Anforderungen. Da die Ag das LV-Blatt zu dieser Position pflichtwidrig nicht ausgetauscht habe, habe die ASt die angebotenen Maße selbst korrigiert und ebenfalls dass sich durch die kleineren Profile notwendig reduzierende Gewicht angepasst. Hierbei handele es sich nicht um eine Änderung des LV, sondern lediglich um

die Klarstellung, die die Ag durch einen Austausch des LV-Blattes selbst hätte herbeiführen müssen. Zum Beleg dafür, dass die ausgeschriebenen Profile gar nicht erhältlich seien, legt die ASt mehrere erfolglose Lieferanfragen an Stahl- und Metallhändler vor.

In der Pos. 1.1.60 LV habe die ASt handschriftlich einen offensichtlichen Schreibfehler bei der Einzellänge des Stahlträgers korrigiert, die entsprechend der Pos. 1.1.50 LV 7m betragen müsse (Kommafehler 0,7 statt 7). Bei richtigem Verständnis des LV hätten alle fachverständigen Bieter diesen Schreibfehler der Ag erkennen müssen, da ein Querbalken von 0,7m an dieser Position gar nicht eingebaut werden könne. Wie in der Pos. 1.1.50 LV habe die Ag auch hier etwas von den Bietern verlangt, was unmöglich zu erfüllen sei.

Zu ihren Eintragungen in Pos. 1.2.80 des LV trägt die ASt vor, dass eine „35“ eine 35 sei und keine 0,35 oder eine „-,35“. Zudem ergebe sich im Zusammenhang mit der vorgegebenen Menge „2,000 St“ und dem von der ASt in dieser Position eingetragenen Gesamtbetrag „70,-“ hinreichend deutlich, dass ihr Eintrag „35“ tatsächlich „35,-“ bedeute und nichts anderes.

Da die ASt in der Montage ausschließlich ausgebildete Facharbeiter, Meister und Ingenieure beschäftige, die die Stundenlohnarbeiten vor Ort übernähmen, und keine minder entlohnnten Helfer, habe sie wahrheitsgemäß und zulässigerweise in der Pos. 2.2.20 des LV „0,-“ eingesetzt. Dies habe sie auch im Formblatt 223 so erklärt. Zudem sei diese Position des LV unwesentlich und überhaupt nur auf Anordnung der Ag denkbar. Schließlich bleibe ohnehin unklar, wofür minder entlohnte „Helfer“, aus rechtlichen Gründen also letztlich Auszubildende, im Stahlhochbau auf der Baustelle benötigt werden würden.

Schließlich trägt die ASt vor, dass sie als mittelständisches Unternehmen nicht über das zur zweckentsprechenden Durchführung dieses Verfahrens notwendige rechtskundige Personal verfüge. Da sich hier nicht ganz einfache rechtliche und tatsächliche Fragen stellen, sei die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten notwendig.

Die ASt beantragt über ihren Verfahrensbevollmächtigten:

1. Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. § 107 ff. GWB;
2. die Ag zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebots der ASt zu erteilen, bzw. andere geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen;
3. hilfsweise:
für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder in sonstiger Weise: Festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat;
4. Einsicht in die Vergabeakten gem. § 111 GWB Akteneinsicht zu gewähren;
5. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt i.S.v.§ 128 GWB für notwendig zu erklären;
6. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

den Antrag der ASt auf Nachprüfung gemäß §§ 107 ff. GWB vom 14. November 2013 in der Hauptsache kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil die ASt vor dessen Einreichung nicht die Rügeantwort der Ag abgewartet habe. Die Vergabestelle habe so keine Gelegenheit, das beabsichtigte Vergabeverhalten – auch unter Beteiligung der fachaufsichtsführenden Ebene – zu überdenken. Da die Zuschlagserteilung erst ab dem 19. November 2013 gedroht habe, sei es der ASt auch zuzumuten gewesen, die Rügeantwort der Ag vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens abzuwarten.

Darüberhinaus sei das Angebot der ASt aus mehreren Gründen auszuschließen und der Nachprüfungsantrag deshalb unbegründet.

Die Ag meint, dass die ASt in den Pos. 1.1.50 und 1.1.60 die Vergabeunterlagen geändert habe, so dass die Angebote im Wettbewerb nicht mehr vergleichbar seien. Eine solche unzulässige Änderung liege immer vor, wenn der von der Vergabestelle vorformulierte (Abfrage-)Wille aktiv durch den Bieter verändert werde und einen anderen Inhalt bekomme.

Durch die Stellungnahme der Ag auf die Bieterfrage sei die ASt nicht einseitig dazu ermächtigt worden, die Maße des Längsträgers in der Pos. 1.1.50 LV handschriftlich durch Streichung und Ergänzung zu verändern. Die Antwort der Vergabestelle auf die Bieterfrage sei keine Abänderung der ausgeschriebenen Vorgaben, sondern eine „Vorabprüfung“ einer von einem Bieter wegen vermeintlicher Nichtlieferbarkeit ins Spiel gebrachten Alternative. Deshalb habe die Ag auch die entsprechenden Seiten des LV nicht ausgetauscht. Durch ihre Formulierung „anstelle der L300x200x10 auch L250x90x10-Profile“ anzubieten, habe sie allen Bietern vielmehr die Möglichkeit eröffnet, „auch“ ein solches Angebot abzugeben. Demzufolge könnten diese abweichend vom im Langtext als maximal möglich beschriebenen Profilstahl L300x200x10mm auch Stahlprofile (u.a. auch geschweißte oder gekantete L-Profile) mit mindestens den Stabilitätswerten eines L250x90x10 anbieten. Diese Alternative müsse vom Bieter jedoch vergaberechtskonform angeboten werden. Die ASt hätte daher ein zugelassenes Nebenangebot abgeben können, wobei die Ag die technische Gleichwertigkeit bereits mittelbar bestätigt habe. Das Angebot der ASt könne jedoch mangels entsprechender Kennzeichnung nicht als Nebenangebot gewertet werden. Die ASt habe auch nie den Willen gehabt, ein Nebenangebot abzugeben, da sie selbst unzutreffenderweise immer von der Nichtlieferbarkeit des ausgeschriebenen Profilstahls ausgegangen sei. Die ASt habe vielmehr ein auf ihre Bieteranfrage abgeändertes Hauptangebot abgeben wollen. Ob der ausgeschriebene Profilstahl überhaupt lieferbar sei, sei unerheblich. Zum Beleg der Lieferbarkeit legt die Ag das Schreiben eines Lieferanten vor, wonach ihr „für Profilstahl als Winkel mit den Abmessungen 300x200x10 (...) ein Angebot“ erstellt werden könne. Offensichtlich könnten alle andern Bieter den ausgeschriebenen Profilstahl anbieten, da keiner die Vergabeunterlagen wie die ASt geändert oder ein Nebenangebot abgegeben habe. Des Weiteren trägt die Ag zu Pos. 1.1.50 LV vor, dass die ASt nicht nur den Leistungstext, sondern auch den Vordersatz abgeändert habe. Denn dieser sei aufgrund der Querschnittsverringerung von 6,1 Tonnen auf 4,05 Tonnen Stahl zu reduzieren. Insbesondere sei durch die Bieterfrage der ASt ein Austausch dieser Position durch die Ag nicht zwingend erforderlich gewesen.

Gleichermaßen habe die ASt auch in der Pos. 1.1.60 nicht den Text des LV abändern dürfen. In dieser Position habe die ASt die Länge des Querbalkens durch Streichen und Ergänzen von 0,7m auf 7,0 m verändert. Da der Vordersatz in dieser Position „0,700t“ und damit der Preisbildungsprozess zum EP eindeutig und zweifelsfrei sei, hätten alle Bieter

eine gesicherte Kalkulationsgrundlage gehabt. Eine Änderung der Vergabeunterlagen durch die ASt sei daher gar nicht erforderlich gewesen.

Außerdem habe die ASt in den Pos. 1.2.80 und 2.2.20 fehlerhafte und nicht wahrheitsgemäße Preiserklärungen abgegeben. Ihr Angebot sei deshalb nicht mehr im weiteren Wettbewerb zu berücksichtigen. Eine Fiktion als fehlende unwesentliche Preiserklärung komme insoweit nicht in Betracht, weil es sich um eine fehlerhafte und nicht um eine fehlende Preiserklärung handele.

Im Einzelnen führt die Ag hierzu aus, dass die ASt in der Pos. 1.2.80 einen Einheitspreis von „35“ eingetragen habe. Diese Angabe sei fehlerhaft, da sie nicht den notwendigen Währungskenngrößen, also z.B. 35,00 / 0,35 / 35,- / ,-35 entspreche. Ausschließlich ein korrekter Vordersatz in Verbindung mit einem korrekten und wertbaren Einheitspreis könne einen wertbaren Gesamtpreis bestimmen.

Die Preiserklärung der ASt in der Pos. 2.2.20 von „0,-“ sei fehlerhaft, da Stundenlohnarbeiten unter keinem tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkt mit „0,- €“ angeboten werden könnten. Die Preiserklärung der ASt werde auch nicht dadurch wahrheitsgemäß, dass diese keine Helfer einsetzen wolle.

- c) Mit Beschluss vom 25. November 2013 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese stellt keine Anträge und gibt keine schriftliche Stellungnahme ab.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. Nachdem alle Verfahrensbeteiligten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet haben, ergeht die Entscheidung nach Lage der Akten (§ 112 Abs. 1 S. 3, 1. Alt. GWB).

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

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet, weil die Ag das Angebot der ASt zu Unrecht von der Wertung ausgeschlossen hat. Da das Angebot der ASt bisher noch nicht in allen Wertungsstufen von der Ag geprüft wurde, ist anzuordnen, dass die Wertung insoweit zu wiederholen ist.

1. Gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen keine Bedenken.

Insbesondere ist die ASt antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB), denn nach der bisherigen Wertung der Ag liegt die ASt mit ihrem Angebot auf dem ersten Rang. Wenn also das Vorbringen der ASt zutrifft, ihr Angebot sei zu Unrecht auf der ersten Wertungsstufe ausgeschlossen worden, ist nicht auszuschließen, dass sie den Zuschlag erhält.

Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit ordnungsgemäß nachgekommen. § 107 Abs. 3 GWB schreibt diesbezüglich lediglich die Rüge des Antragstellers vor, die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags setzt jedoch weder eine Beantwortung der Rüge durch den öffentlichen Auftraggeber voraus noch, dass der Antragsteller diese vor der Einreichung abwartet (vgl. auch OLG München, Beschluss vom 8. August 2012, Verg 14/12).

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, weil die Ag das Angebot der ASt zu Unrecht auf der ersten Wertungsstufe ausgeschlossen hat. Ausschlussgründe liegen weder hinsichtlich der Pos. 1.1.50 und 1.1.60 LV vor (dazu unter a)) noch wegen der Angaben der ASt zu den Pos. 1.2.80 und 2.2.20 LV (dazu unter b)).

a) Die Ag durfte das Angebot der ASt nicht wegen deren handschriftlicher Streichungen und Eintragungen in den Pos. 1.1.50 und 1.1.60 LV ausschließen.

Die Ag begründet den Angebotsausschluss damit, dass die ASt das vorformulierte LV aktiv geändert und deshalb gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A auszuschließen sei. Eine solche unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen liegt jedoch nur dann vor, wenn ein Bieter etwas anderes anbietet als vom Auftraggeber nachgefragt (vgl. nur BGH, Urteil vom 1. August 2006, X ZR 115/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. März 2007, VII-Verg 53/06). Diese Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor:

aa) In der Pos. 1.1.50 hat die Ag auf eine Bieterfrage hin zugelassen, dass die Bieter hier „anstelle der L300x200x10mm-Profile auch L250x90x10mm-Profile“ anbieten können. Dies ist aus maßgeblicher Sicht eines fachkundigen, mit dieser Ausschreibung vertrauten Bieters so auszulegen, dass die Maße der anzubietenden Profile nicht 300x200x10mm, sondern alternativ auch 250x90x10mm betragen können. Aufgrund der Formulierung „bis L ...“ handelt es sich insoweit um die maximal zulässigen Abmessungen. So verstehen es gleichermaßen auch die Ag und die ASt. Beide Beteiligte streiten sich jedoch u.a. darüber, ob der Begriff „anstelle“ i.S.v. „stattdessen“, also so zu verstehen ist, dass ausschließlich nur diese Länge anzubieten ist (so die ASt), oder wegen der Formulierung „auch“ zusätzlich bzw. ebenso ein Stahlträger mit den anderen als den ursprünglich ausgeschriebenen Maßen (so die Ag). Der Begriff „auch“ legt eher das Verständnis der Ag nahe, jedoch kommt es hierauf für die Entscheidung nicht an. Denn einig sind sich beide Parteien darin, dass ein Bieter einen Stahlträger mit den maximalen Maßen 250x90x10mm anbieten durfte (dies hat die ASt hier entsprechend ihren Eintragungen in der Pos. 1.1.50 („ (...) bis L 250x90x10 (...) gemäß Bieterinfo“) getan), die Ag stützt ihren Angebotsausschluss der ASt im Wesentlichen auf die Form, in der diese einen solchen Träger angeboten hat: Die Ag meint, die ASt hätte ihr Angebot als Nebenangebot kennzeichnen müssen.

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber neben einer ausgeschriebenen Leistung ausdrücklich eine andere zulässt (eine gleichwertige Leistung zum Leitfabrikat oder wie hier eine andere maximal zulässige Größe des anzubietenden Stahlträgers) und ein Bieter diese andere Leistung anbietet, handelt es sich jedoch nicht um Nebenangebot, sondern um ein Hauptangebot. Denn der Bieter hält sich mit seinem Angebot innerhalb der ausgeschriebenen Vorgaben des Auftraggebers, demgegenüber liegt ein Nebenangebot nur vor, wenn der Bieter von der ausgeschriebenen Leistung insbesondere aufgrund eigener alternativer Ideen (verwendetes Material, Vorgehensweise etc.) abweicht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. März 2011, VII-Verg 52/10).

Das Angebot der ASt ist aufgrund ihrer Streichungen und Eintragungen auch nicht aus Gründen der Intransparenz oder Gleichbehandlung mit den anderen Angeboten auszuschließen. Denn der Inhalt ihres Angebots ist klar und eindeutig und da es so wie die anderen Angebote den ausgeschriebenen Vorgaben der Ag entspricht, muss

die Ag sämtliche Angebote gleichermaßen anhand der Ausschluss- und Zuschlagskriterien bewerten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. März 2011, aaO.).

Aufgrund der von der ASt zulässigerweise veränderten Abmessungen der Stahlträger ändert sich dementsprechend deren Gewicht, so dass die Abänderung der ausgeschriebenen Menge in Tonnen durch die ASt ebenfalls keine unzulässige Abweichung von ausgeschriebenen Vorgaben darstellt, sondern eine logische Konsequenz des von der Ag auf die Bieterfrage hin geänderten Leistungsverzeichnisses.

Da das Angebot der ASt in der Pos. 1.1.50 ausschreibungskonform ist, kommt es nicht darauf an, ob sie den von der Ag ursprünglich ausgeschriebene Längsträger tatsächlich hätte anbieten können, oder dieser wie die ASt vorträgt in den ausgeschriebenen Maßen überhaupt nicht lieferbar ist.

- bb) In der Pos. 1.1.60 hat die ASt durch ihre Korrektur der Länge der ausgeschriebenen Querbalken im Leistungsverzeichnis der Ag ebenfalls nicht unzulässig die Vergabeunterlagen geändert und etwas anderes angeboten als ausgeschrieben. Denn die Ag hat in ihrer Vergabeakte selbst zugegeben, dass ihre Längenangabe „0,7m“ fehlerhaft war und tatsächlich die von der ASt verwendete Angabe „7,0m“ zutrifft.

- b) Das Angebot der ASt durfte ebenfalls nicht wegen ihrer Eintragungen in den Pos. 1.2.80 und 2.2.20 LV ausgeschlossen werden.
 - aa) In der Pos. 1.2.80 hatte die ASt den Wert „35“ in der Spalte „Einheitspreis in EUR“ anders als in den übrigen von ihr ausgefüllten Positionen des LV nicht mit einer Maß- oder Werteinheit versehen. Dies macht ihr Angebot jedoch weder unvollständig noch ist unklar, was die ASt hier meint. Denn bevor ein Angebot mangels Vollständigkeit oder Transparenz ausgeschlossen wird, ist sein Inhalt zunächst anhand einer Auslegung zu bestimmen; maßgeblich ist insoweit die objektive Sicht eines branchenkundigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Empfängers (vgl. §§ 133, 157 BGB) (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2009, VII ZR 11/08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Mai 2009, VII-Verg 68/08 m.w.N.). Hiernach ergibt sich

bereits aus dem Gesamtzusammenhang dieser Eintragung mit dem von der ASt ausgefüllten Leistungsverzeichnis im Übrigen und vor allem aus der Überschrift dieser Tabellenspalte „Einheitspreis in EUR“ eindeutig, dass die ASt hier wie in den anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses auch „35,-“, also 35 Euro gemeint hat. Dieses Auslegungsergebnis wird gestützt durch die Eintragung der ASt in der Spalte „Gesamtbetrag in EUR“, in der sie nach Multiplikation mit der in dieser Position ausgeschriebenen Menge von 2 Stück den Betrag „70,-“ (also zwei Mal „35,-“) eingetragen hat.

Entgegen der Auffassung der Ag ist die Eintragung der ASt in dieser Position auch nicht unwahr oder nicht wahrheitsgemäß. Denn der nach Auslegung (s.o.) ermittelte angebotene Preis von 35 Euro entspricht dem, was die ASt für diese Leistung von der Ag verlangen wollte (s. zum Begriff des „wahren“ oder „zutreffenden“ Preises sogleich unter bb)).

- bb) Die Eintragungen der ASt in der Pos. 2.2.20 (Stundenlohnarbeiten Helfer/-in) lassen ebenfalls keinen Ausschluss ihres Angebots zu.

Die ASt hat hier einen Preis, nämlich Null Euro, eingetragen. Rein physisch betrachtet, liegt eine Preisangabe vor, so dass man aus diesem Grund nicht von einer „fehlenden Preisangabe“ i.S.d. § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A sprechen kann. Auch eine Null-Euro-Angabe macht ein Angebot nur dann unvollständig und vergaberechtlich unzulässig, wenn es sich hierbei nicht um den „wahren“, oder „zutreffenden“ Preis handelt, also den Betrag, den der Bieter für die betreffende Leistung kalkuliert hat und dem Auftraggeber tatsächlich so auch in Rechnung stellt (vgl. nur BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04; OLG München, Beschluss vom 12. November 2010, Verg 21/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Februar 2009, VII-Verg 66/08 m.w.N. und vom 26. Juli 2006, VII-Verg 19/06); dies muss der Bieter ggf. näher begründen und erläutern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2012, VII-Verg 12/12).

Dies hat die ASt hier getan: Abgefragt waren in der Pos. 2.2.20 die Preise für auf Anordnung der Ag eingesetzte Helfer. Die ASt hat ihre Eintragung damit begründet, dass sie keine Helfer einsetzen wird. Damit trifft die Preisangabe der ASt zu, denn insoweit verlangt die ASt von der Ag keinen Lohn, also Null Euro.

Auch aus anderen Gründen ist das Angebot der ASt wegen der Preisangabe „0,-“ nicht auszuschließen. Eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen i.S.d. § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A läge vor, wenn die ASt mit dieser Preisangabe gleichzeitig aussagen würde, dass sie die betreffende Leistung nicht anbietet (vgl. zu diesem Ausschlussgrund bereits oben unter 2a)). So verhält es sich hier jedoch nicht. Denn die Preisangabe „0,-“ in Verbindung mit den Erläuterungen der ASt hierzu im Angebotsformular 223, dass bei ihr keine Helfer eingesetzt würden, ist aus objektiver Empfängersicht nur so zu verstehen, dass sie der Ag für diese Tätigkeiten keinen Lohn in Rechnung stellen wird. Vor dem Hintergrund dieses eindeutigen Auslegungsergebnisses ist es auch unerheblich, dass die ASt möglicherweise erklären wollte – so ihre Einlassung im Nachprüfungsverfahren – stattdessen Facharbeiter einzusetzen.

Weitere Ausschlussgründe sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Insbesondere bestehen diesbezüglich auch keine Bedenken gegen die Gesetzestreue der ASt i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB. Denn im LV waren die Preise anzugeben, die die ASt von der Ag aufgrund vertraglicher Vereinbarung verlangt. Hieraus ist zumindest nicht ohne Weiteres der Schluss zu ziehen, dass die ASt ihren arbeitsrechtlichen Verpflichtungen gegenüber ihren Beschäftigten nicht nachkommt, indem sie diesen ebenfalls Null Euro zahlt (und nicht die vorgeschriebenen Sozialabgaben, etwaige Tariflöhne etc.).

2. Durch den vergaberechtswidrigen Ausschluss ihres Angebots aus der Wertung durch die Ag ist die ASt auch in ihren Rechten verletzt. Nach der bisherigen, bzgl. des Angebots der ASt aber noch nicht vollständig abgeschlossenen Wertung der Ag, liegt dieses auf dem ersten Platz. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass die ASt bei der Wiederholung der Angebotswertung den Zuschlag erhält.
3. Da bereits der Hauptantrag der ASt zum Erfolg ihres Nachprüfungsantrags führt, braucht über den Hilfsantrag nicht entschieden zu werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 5, Abs. 4 S. 1, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Da die Bg keine Anträge gestellt und das Verfahren auch sonst nicht wesentlich gefördert hat, hat sie kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und somit kein Prozesskostenrisiko auf sich genommen. Sie ist daher nicht als unterliegende Partei anzusehen und nicht an den Kosten des Verfahrens oder den Aufwendungen der ASt zu beteiligen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

IV.

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

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

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

Behrens

Dr. Dittmann