



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 30/14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „[...]“ – Lichtdecken –
[...], Bekanntmachung-Nr.: [...] hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden
Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin
Ohlerich und die ehrenamtliche Beisitzerin Watermann auf die mündliche Verhandlung vom 7.
Mai 2014 am 23. Mai 2014 beschlossen:

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

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im offenen Verfahren die Vergabe „[...] – Lichtdecken – [...]“ europaweit aus.

In der Bekanntmachung heißt es unter Ziffer II.2.1) („Gesamtmenge bzw. -umfang“) unter anderem:

„[...]“

Wartungs- und Inspektionsleistungen gem. AMEV 2006 für Rauchabzugsflächen in Lichtdecken nach Fertigstellung und Abnahme der Leistung mit Laufzeit 4 Jahre.

[...]“

Eine Aufteilung des streitgegenständlichen Auftrags in Lose findet gemäß Ziffer II.1.8) der Bekanntmachung nicht statt.

Zur Aufforderung zur Angebotsabgabe verwendete die Ag das Formblatt 211 EU des VHB Bund. Unter der Überschrift „Anlagen“ ist unter A) insbesondere das Formblatt 242 („Wartung“) als eine der Anlagen angekreuzt worden, „die beim Bieter verbleiben und im Vergabeverfahren zu beachten sind“. Unter C) ist das Formblatt 213 („Angebotsschreiben“) als eine der Anlagen angekreuzt worden, „die, soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind“. Bei dem ebenfalls unter C) aufgeführten „Vertragsformular für Wartung/Instandhaltung“ war hingegen von der Ag kein Kreuz gesetzt worden.

Gemäß Ziffer 6 („Angebotswertung“) der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Formblatt 211 EU) ist alleiniges Zuschlagskriterium der Preis; dort wurde folgende Alternative angekreuzt:

„Wertungskriterium Preis [...]“

Der Preis wird aus der Wertungssumme des Angebotes ermittelt.

Die Wertungssummen werden ermittelt aus den nachgerechneten Angebotssummen, insbesondere unter Berücksichtigung von Nachlässen, Erstattungsbetrag aus der Lohngleitklausel, Wartungs- und/oder Instandhaltungsangeboten.“

Im Formblatt 242, überschrieben mit „Ergänzung der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, hier: Angebotsteil Wartung“, heißt es unter anderem unter Ziffer 1:

„Sie erhalten

beiliegendes Vertragsformular

[...]“

Gegenstand des Angebots ist sowohl die Erstellung der Anlage als auch deren Wartung.

[...]“

Unter Ziffer 3 („Prüfung und Wertung“) heißt es unter anderem:

„Ist der Angebotsteil Wartung nicht wertbar, wird das Angebot insgesamt (und damit auch der Angebotsteil Erstellung der Anlage) ausgeschlossen.

Bei der Angebotswertung werden die in den Wartungsangeboten angegebenen Preise bei einer vorgesehenen Laufzeit von bis zu 5 Jahren ohne Anwendung eines Barwertfaktors (statische Berechnung: $\text{Wartungskosten/Jahr} \times \text{Laufzeit}$) berücksichtigt. [...]“

Der den Vergabeunterlagen beiliegende „Vertrag für Wartung und Inspektion von technischen Anlagen und Einrichtungen“ bezieht sich auf die motorisch betriebenen Rauchabzugsöffnungen in den Lichtdecken. Dort sind Preisangaben der Bieter zur jährlichen Vergütung für Wartungs-/Inspektionsarbeiten unter Ziffer 5.1 vorgesehen und des Weiteren die Angabe von Stundenverrechnungssätzen für Störungsbeseitigungen unter Ziffer 5.2. Die Laufzeit beträgt gemäß Ziffer 8.1 des Wartungsvertrags vier Jahre; zudem verlängert sich der Vertrag um jeweils ein Jahr, wenn er nicht zuvor fristgerecht gekündigt wurde.

Im von der Ag vorgegebenen und als Angebotsschreiben von den Bietern zu verwendenden Formblatt 213 sind zu Beginn unter der Überschrift „Anlagen“ mit der Fußnote „vom Bieter anzukreuzen und beizufügen“ unter anderem aufgeführt:

„Leistungsverzeichnis/Leistungsprogramm (Kurz- oder Langfassung) mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen

Vertragsformular für Wartung/Instandhaltung mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen

[...]“

Im Anschluss heißt es:

„1 Ich/Wir biete(n) die Ausführung der oben genannten Leistung zu den von mir/uns eingesetzten Preisen an.

...

2 Die Angebotsendsumme des Hauptangebotes gem.

Leistungsbeschreibung einschl. Umsatzsteuer

(brutto) beträgt

_____ €

2.1 Die Gesamtsumme der jährlichen Vergütung gem.

Wartungs- und/oder Instandhaltungsvertrag einschl.

Umsatzsteuer (brutto) beträgt

_____ €*

**nur ausfüllen, wenn den Vergabeunterlagen ein Wartungs-/Instandhaltungsvertrag beiliegt*

[...]"

Nach Ziffer 5 des Formblatts 213 sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) Angebotsbestandteil und sollen Vertragsbestandteil werden.

Die Antragstellerin (ASt) gab fristgerecht ein Angebot ab. Das Angebotsschreiben (Formblatt 213) der ASt enthielt unter Ziffer 2 die Angebotsendsumme für die ausgeschriebenen Bauleistungen. Unter Ziffer 2.1 („Gesamtsumme der jährlichen Vergütung gem. Wartungs- und/oder Instandhaltungsvertrag“) trug sie keinen Preis ein, sondern folgendes Zeichen: „/“. Im mit dem Angebot eingereichten Formblatt 235 („Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen“) war eingetragen, dass bestimmte Leistungen von Nachunternehmern erbracht werden sollen; Wartungsarbeiten wurden dort nicht erwähnt.

Nach dem Submissionsergebnis ist das Angebot der ASt das preisgünstigste, was den Preis für die Bauleistungen betrifft; ein Angebotspreis der ASt für die Wartung wurde nicht vermerkt, da die ASt – wie bereits erwähnt – einen solchen nicht im Angebot angegeben hatte. Neben der ASt hatte auch ein weiterer Bieter keinen Wartungspreis mit seinem Angebot eingereicht. Die von den anderen Bietern angebotenen Preise für die Wartung betragen zwischen ca. 4.000 und 17.000 € pro Jahr. Auch unter Hinzurechnung des höchsten angebotenen Wartungspreises, hochgerechnet auf vier Jahre Laufzeit, ist das Angebot der ASt das preisgünstigste.

Mit Schreiben vom 31. März 2014 informierte die Ag die ASt per Fax, dass ihr Angebot gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ausgeschlossen werde, da es nicht alle erforderlichen Preisangaben enthalte und daher unvollständig sei. Der Zuschlag solle am 11. April 2014 auf ein drittes – in dem Schreiben konkret benanntes – Unternehmen erteilt werden. Auf telefonische Nachfrage erläuterte die Ag der ASt, dass ihr Angebot ausgeschlossen worden sei, weil sie den Wartungsvertrag nicht gemäß Ziffer 2.1 des Formblatts 213 bepreist habe.

Mit Schreiben der zunächst bevollmächtigten Rechtsanwälte vom 8. April 2014 rügte die ASt den Ausschluss ihres Angebots. Mit Schreiben vom 10. April 2014 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Mit Schreiben der jetzigen Verfahrensbevollmächtigten vom 10. April 2014, eingegangen nach 20 Uhr, beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines

Nachprüfungsverfahrens. Am 11. April 2014 erteilte die Ag gegen 9 Uhr dem für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmen per Fax den Zuschlag. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 11. April 2014 gegen 10:30 Uhr übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wandte sich die ASt ursprünglich gegen den Ausschluss ihres Angebots. Nach Kenntniserlangung vom erteilten Zuschlag vor Antragsübermittlung erklärte die ASt ihren Nachprüfungsantrag für erledigt und verfolgt nun im Rahmen eines Feststellungsantrags die Feststellung einer Rechtsverletzung durch den Angebotsausschluss.

Die ASt ist der Auffassung, dass ihr Angebot zu Unrecht ausgeschlossen worden sei. Der fehlende Preis für die Wartung, der nach Ansicht der Ag zum Ausschluss führe, sei nicht schon mit dem Angebot anzugeben gewesen. Dies ergebe sich aus den Vergabeunterlagen. Wie der Aufforderung zur Angebotsabgabe eindeutig zu entnehmen sei, sei der Wartungsvertrag nicht mit dem Angebot vorzulegen gewesen. Aus diesem Grund habe die ASt davon ausgehen dürfen, dass die im Wartungsvertrag enthaltenen Angaben, insbesondere der Preis, auch nicht mit dem Angebot abgegeben werden müssten. Demnach sei die Preisangabe für die Wartung nicht eindeutig gefordert worden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Formblatt 242, das nämlich im Widerspruch zur Angebotsaufforderung stehe, die gerade nicht die Abgabe des Wartungsvertrags mit dem Angebot verlangt habe. Aus diesem Grund sei auch unter Ziffer 2.1 des Formblatts 213 nichts einzutragen gewesen; nach der entsprechenden Fußnote sei die Preisangabe nur erforderlich, wenn den Vergabeunterlagen ein Wartungsvertrag beiliege. Unklarheiten in den Vergabeunterlagen müssten zu Lasten der Ag und nicht der ASt gehen. Neben der ASt habe im Übrigen auch ein weiterer von insgesamt sechs Bietern keinen Preis für die Wartung angegeben. Dem Ergebnis, dass eine Preisangabe für die Wartung nicht mit dem Angebot gefordert gewesen sei, stehe auch nicht die von der Ag beabsichtigte Verlängerung der Verjährungsfrist nach § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B entgegen, da zum einen solche internen Beweggründe nicht nach außen dokumentiert worden seien und zum anderen der Wartungsvertrag auch später separat an den Auftragnehmer hätte vergeben werden können. Im Übrigen komme es selten vor, dass wartungsbedürftige Anlagen errichtet würden, so dass mit der Ausschreibung von Wartungsleistungen nicht zu rechnen gewesen sei. Soweit die Ag nach den Vergabeakten den Angebotsausschluss auf die Nichtvorlage des Formblatts 242 („Wartung“) oder des Wartungsvertrags selbst stütze, sei dies schon vergaberechtswidrig, da deren Vorlage nach der Angebotsaufforderung klar nicht gefordert gewesen sei.

Selbst wenn die Angabe des Preises für die Wartung wirksam gefordert worden wäre, lägen die Voraussetzungen gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) Halbs. 2 VOB/A vor, so dass vorliegend wegen der fehlenden Preisangabe ausnahmsweise kein Ausschluss erfolgen dürfe. Denn es fehle nur dieser eine Preis, der unwesentlich sei, da er keinerlei wettbewerbliche Auswirkungen zeitige. Auch wenn der höchste angebotene Wettbewerbspreis als von der ASt als angeboten angenommen würde, würde die ASt mit ihrem Angebot immer noch den ersten Rang belegen. In diesem Fall würde der Preis für den Wartungsvertrag nur einen Anteil von 1,76% der Angebotssumme der ASt ausmachen und sei auch daher unwesentlich. Auch wenn man dem Merkmal der Unwesentlichkeit darüber hinaus eine eigene Bedeutung zumessen würde, liege eine solche hier vor. So liege der Durchschnittswert der Wartungsleistungen nur bei 1,03% der Angebotssumme der ASt. Auch durch den Umstand, dass der Wartungsvertrag dem Angebot nicht beizufügen gewesen sei, relativierte sich die Bedeutung der Wartungsleistungen; der Wartungsvertrag wäre in jedem Fall Vertragsinhalt geworden, und es hätte lediglich der Preis im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bzw. nach § 632 Abs. 2 BGB noch im Nachhinein festgelegt werden müssen. Die Wartung sei auch aus technischer Sicht unwesentlich, da sie zur Fertigstellung des Werkes nicht erforderlich sei, sondern nur die Funktionsfähigkeit nach Abnahme sichere.

Die Eintragung „/“ im Formblatt 213 sei zudem weder von der ASt so gemeint noch so zu verstehen, dass die Wartungsleistungen nicht angeboten werden sollten, so dass auch keine Änderung der Vergabeunterlagen vorliege. Das entsprechende Zeichen sei lediglich ein Platzhalter für eine derzeit nicht erforderliche Preisangabe. Dies stelle vergaberechtlich keinen Unterschied zu einem völlig unausgefüllten Preisfeld dar. Der Wartungsvertrag wäre auch ohne erfolgte Preisangabe Vertragsbestandteil geworden. Im Übrigen habe der Auftraggeber bei der Auslegung von Angeboten zu berücksichtigen, dass ein Bieter den Zuschlag erhalten und deshalb im Zweifel ein ausschreibungskonformes Angebot abgeben wolle. Lege ein Bieter unklare Vergabeunterlagen in vertretbarer Weise aus, könne sein Angebot nicht mit der Begründung ausgeschlossen werden, es entspreche nicht den Ausschreibungsunterlagen.

Der Feststellungsantrag der ASt sei auch zulässig. Insbesondere sei seitens der ASt das erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. Denn es bestehe die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs der ASt gegen die Ag auf das positive Interesse, falls der geltend gemachte Vergaberechtsverstoß festgestellt würde. In diesem Fall hätte die ASt als Bieterin mit dem preislich günstigsten Angebot den Zuschlag erhalten müssen, da einziges Zuschlagskriterium der Preis sei. Die von der Ag vorgebrachten vermeintlichen weiteren

Ausschlussgründe seien bisher unsubstantiiert vorgetragen worden und nicht geeignet, das Feststellungsinteresse entfallen zu lassen.

Die ASt beantragt zuletzt,

1. festzustellen, dass die ASt durch den Ausschluss ihres Angebots durch die Ag in ihren Rechten verletzt ist, § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB,
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakte nach § 111 Abs. 1 GWB zu gewähren.
3. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war erforderlich.

Die Ag beantragt zuletzt,

den Fortsetzungsfeststellungsantrag zurückzuweisen.

Nach Auffassung der Ag ist der Feststellungsantrag der ASt bereits unzulässig, da die ASt nicht unverzüglich gerügt habe. Zudem sei das Feststellungsinteresse der ASt zweifelhaft, da keinesfalls feststehe, dass der Zuschlag auf das Angebot der ASt hätte erteilt werden müssen, wenn man den Angebotsausschluss für vergaberechtswidrig hielte. Denn das Angebot der ASt sei keiner weiteren Angebotsprüfung mehr unterzogen worden, etwa in Bezug auf die Eignung. Im Übrigen sei das Angebot auch unvollständig, da der Schweißnachweis Klasse D nicht beigelegt sei. Dieser sowie die Nachweise zur allgemeinen Eignung gemäß Formblatt 124 und der ausgefüllte Wartungsvertrag wären zunächst nachzufordern und auszuwerten. Derzeit sei daher noch völlig ungewiss, ob das Angebot der ASt zuschlagsfähig werden könne.

Das Angebot der ASt sei im Übrigen zu Recht ausgeschlossen worden. Aus der Eintragung der ASt unter Ziffer 2.1 im Angebotsschreiben ergebe sich eindeutig, dass die ASt die fraglichen Wartungsleistungen nicht anbiete. Der entsprechende Strich zeige, dass die ASt die Position zur Kenntnis genommen habe, aber gerade nicht habe offen lassen wollen. Offensichtlich habe die ASt die Wartungsarbeiten nicht für einen zwingenden Teil der anzubietenden Leistung verstanden; dementsprechend habe die ASt in ihrer Rüge auch vorgetragen, dass die Bieter hätten annehmen können, dass die Ag die Wartungsarbeiten gegebenenfalls auch anderweitig ausschreiben würde. Sowohl aus Ziffer II.2.1) der Bekanntmachung als auch aus Ziffer 1 und 3 des Formblatts 242 ergebe sich jedoch, dass die Wartung zwingend anzubieten gewesen sei und die Erstellung der Lichtdecken nur im Zusammenhang mit der Wartung vergeben werde. Aufgrund des Wartungszeitraums von vier Jahren sei klar gewesen, dass durch die gemeinsame Vergabe von Erstellung und Wartung die kurze Verjährungsfrist des § 13 Abs. 4

Nr. 2 VOB/B vermieden werden sollte; auch von einer losweisen Vergabe sei kein Gebrauch gemacht worden. Wie aus Ziffer 3 des Formblatts 242 folge, könne eine Wertung der Angebote nur erfolgen, wenn nicht nur für die Erstellung, sondern auch für die Wartung eine Vergütung angegeben worden sei, wie auch gemäß Ziffer 2.1 des Formblatts 213 gefordert. Das fehlende Angebot der ASt bezüglich dieser Teilleistung habe nicht nachgefordert werden können.

Entgegen der Auffassung der ASt seien die Vergabeunterlagen auch nicht unklar gewesen. Weder in der Angebotsaufforderung noch an anderer Stelle in den Vergabeunterlagen sei die Vorlage des Wartungsvertrags (in Form des Vertragsmusters) mit dem Angebote gefordert worden. Auch der Rückschluss der ASt, den Wartungspreis nicht angeben zu müssen, weil der Wartungsvertrag nicht mit dem Angebot vorzulegen gewesen sei, finde keine Stütze in den Vergabeunterlagen. Die Vergütung für die Wartungsleistung sei sowohl in den Wartungsvertrag als auch im Formblatt 213 unter Ziffer 2.1 einzutragen gewesen. Die Pflicht zur Benennung im Formblatt 213 entfalle nicht deshalb, weil der Wartungsvertrag nicht zwingend mit dem Angebot habe vorgelegt werden müssen.

Die fehlende Preisangabe für die Wartung stelle auch keine unwesentliche Position im Sinne des § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 c) VOB/A dar. Unwesentlich sei eine Position nur dann, wenn sie in Ansehung des nachgefragten Leistungsgegenstands von untergeordneter Bedeutung sei. Dass die streitgegenständliche Position wesentlich sei, zeige sich im eigenständigen Vertragswerk, dem Wartungsvertrag. Der Abschluss des Wartungsvertrags sei auch ein wesentlicher Bestandteil der Ausschreibung, weil er für die Ag für die Zeit nach Abschluss der Baumaßnahme eine wichtige Funktions- und Kostengrundlage bilden solle und werde. Auch seien von der Sicherheit der Lichtdecken nicht nur Kunstschatze von unschätzbarem Wert, sondern auch eine enorme Besucherzahl betroffen. Zudem liege die Wertungssumme bei allen Bietern im fünfstelligen Bereich. Im Übrigen handele es sich auch nicht nur um eine einzelne fehlende Preisangabe, da sich die in der unter Ziffer 2.1 des Formblatts 213 anzugebende Jahrespauschale aus mehreren Einzelpreisen (Ziffer 5.1 und 5.2 des Wartungsvertrags) zusammensetze. Auf eine Veränderung der Bieterreihenfolge komme es somit nicht mehr an.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 7. Mai 2014 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die

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

II.

Der nunmehr von der ASt gestellte Feststellungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Feststellungsantrags liegen vor. Denn zum einen war der ursprünglich gestellte und dem Feststellungsantrag zugrundeliegende Nachprüfungsantrag zulässig (siehe a)), und zum anderen ist der Feststellungsantrag selbst statthaft (siehe b)) und das erforderliche Feststellungsinteresse der ASt gegeben (siehe c)).
 - a) Der zunächst gestellte Nachprüfungsantrag war zulässig. Insbesondere hat die ASt den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß, den Ausschluss ihres Angebots, unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die ASt nach Klärung des Sachverhalts anwaltlichen Rat eingeholt hat, um über die Erhebung einer Rüge zu entscheiden, und einem Bieter neben der Einholung von Rechtsrat auch eine gewisse Überlegungszeit zu gewähren ist, ist die Rüge vom 8. April 2014 als rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB anzusehen.
 - b) Der Feststellungsantrag der ASt ist auch statthaft. Denn mit Zuschlagserteilung nach Ablauf der Frist nach § 101a Abs. 1 GWB und vor Auslösen des Zuschlagsverbots gemäß § 115 Abs. 1 GWB ist der Zuschlag wirksam erfolgt und Erledigung in sonstiger Weise gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB eingetreten.
 - c) Ferner ist das Interesse der ASt an der Feststellung einer Rechtsverletzung gegeben, das als ungeschriebene Sachentscheidungsvoraussetzung ebenfalls erforderlich ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13; Beschluss vom 4. Mai 2009, VII-Verg 68/08; Beschluss vom 2. März 2005, VII-Verg 70/04). Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes gemäß vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine

Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, m.w.N.). Ein solches Feststellungsinteresse kann insbesondere im Hinblick auf die Bindungswirkung der Vergabekammerentscheidung für eventuelle Schadensersatzprozesse gegeben sein (vgl. § 124 Abs. 1 GWB; vgl. auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 13/9340, S. 19, zu § 124 [jetzt § 114]; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, m.w.N.; OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, Verg 8/12). Ein entsprechendes Feststellungsinteresse liegt hier seitens der ASt vor. Denn die ASt macht geltend, dass die ASt den Zuschlag hätte erhalten müssen und nunmehr Schadensersatz in Form des positiven Interesses geltend machen könne.

Dem steht nicht entgegen, dass das Angebot der ASt möglicherweise Erklärungen oder Nachweise nicht enthält, die gefordert waren, und auch eine Feststellung der Eignung der ASt bisher nicht erfolgt ist, so dass bisher nicht abschließend feststeht, ob das Angebot der ASt zuschlagsfähig gewesen wäre. Denn neben dem Umstand, dass nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A eine Pflicht zur Nachforderung von fehlenden Erklärungen und Nachweisen seitens des Auftraggebers besteht, kann auch im Übrigen das Bestehen des entsprechenden Schadensersatzanspruchs, wie ihn die ASt vorbringt, jedenfalls nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, da jedenfalls derzeit kein Grund für einen zwingenden Angebotsausschluss ersichtlich ist. Ein Schadensersatzanspruch der ASt ist somit nicht von vornherein aussichtslos und für die Begründung des Feststellungsinteresses ausreichend (vgl. OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, Verg 8/12). Die abschließenden Erfolgsaussichten eines Schadensersatzbegehrens sind nicht im Nachprüfungsverfahren zu prüfen (vgl. OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, Verg 8/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Oktober 2008, VII-Verg 25/08).

2. Der zulässige Feststellungsantrag hat in der Sache keinen Erfolg. Der Ausschluss des Angebots der ASt durch die Ag erfolgte zu Recht. Denn das Angebot der ASt ist aufgrund der Eintragung des Zeichens „/“ unter Ziffer 2.1 des Formblatts 213 wegen unzulässiger Änderung der Vergabeunterlagen gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A auszuschließen (siehe unten a)). Bei abweichendem Verständnis der Eintragung der ASt wäre das Angebot jedenfalls wegen fehlender Preisangabe gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen (siehe unten b)). Anwendbar sind hier – obwohl neben Bauleistungen auch Dienstleistungen (die fraglichen

Wartungsleistungen) beschafft werden sollen – gemäß § 99 Abs. 3 GWB, § 6 Abs. 1 VgV die Bestimmungen des 2. Abschnitts der VOB/A, da Hauptgegenstand des Auftrags vorliegend die Bauleistungen sind (§ 99 Abs. 11 GWB).

- a) Das Angebot der ASt ist dahingehend zu verstehen, dass es – anders als gefordert – keine Wartungsleistungen enthält. Dies stellt eine Änderung der Vergabeunterlagen, konkret des von der Ag vorgegebenen Leistungsinhalts, dar und führte daher zu Recht zum Ausschluss des Angebots der ASt gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A.

Wie sich der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen ohne Weiteres entnehmen lässt, sind Leistungsgegenstand des vorliegenden Vergabeverfahrens nicht nur die Bauleistungen bezüglich der Lichtdecken gemäß dem Leistungsverzeichnis, sondern auch die nach Abnahme erforderlichen Wartungsleistungen bezüglich der zu erstellenden Rauchabzugsflächen in den Lichtdecken für eine Laufzeit von vier Jahren. Dass die Wartungsleistungen ebenso Vertragsgegenstand wie die Bauleistungen selbst werden sollten, ergibt sich schon aus Ziffer II.2.1) der Bekanntmachung, wo im Rahmen der Beschreibung des Beschaffungsgegenstands nach Menge und Umfang die Wartungsleistungen explizit mit aufgeführt sind. Des Weiteren werden die Wartungsleistungen auch in den Vergabeunterlagen eindeutig als Leistungsbestandteil bezeichnet. Dies ergibt sich vor allem aus dem Formblatt 242, das gemäß der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Formblatt 211 EU) von den Bietern „im Vergabeverfahren zu beachten“ ist. Dort ist in der Überschrift des Formblatts vom „Angebotsteil Wartung“ die Rede. Zudem weist Ziffer 1 des Formblatts explizit auf ein – auch tatsächlich beiliegendes – Vertragsformular für die Wartung hin und führt aus, dass Gegenstand des Angebots „sowohl die Erstellung der Anlage als auch deren Wartung“ ist.

Diese als Leistungsbestandteil mit anzubietenden Wartungsleistungen hat die ASt nicht angeboten und damit den Beschaffungsgegenstand, der für Hauptangebote maßgeblich und zwingend ist, reduziert. Nebenangebote waren nicht zugelassen, so dass der abweichende Leistungsinhalt auch schon aus diesem Grund nicht anderweitig gewertet werden konnte.

Dass die ASt die Wartungsleistungen nicht angeboten hat, ergibt sich aus ihrer Eintragung des Zeichens „/“ unter Ziffer 2.1 des mit dem Angebot eingereichten Formblatts 213, und zwar auch unter Berücksichtigung der übrigen Angebotsbestandteile. Maßgeblich für die Auslegung des Angebots der ASt ist der objektive Empfängerhorizont des Auftraggebers (vgl. BGH, Urteil vom 10. September 2009, VII ZR 82/08). Danach ist die Eintragung des Zeichens „/“ vorliegend so zu verstehen, wie es die Ag ausweislich der Wertung auch getan hat und vorträgt, dass seitens der ASt bewusst von der Eintragung eines Preises abgesehen wurde, und zwar als nicht zutreffend bzw. nicht einschlägig, da die Wartung nicht Vertragsbestandteil werden sollte (vgl. auch VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 29. Januar 2009, 1 VK LVWA 31/08, zu einem Strich bei Preisangaben). Im Unterschied zu einer gänzlich fehlenden Eintragung, aus der geschlossen werden könnte, dass der Bieter eine auszufüllende Position übersehen hat, wurde die Eintragung „/“ offensichtlich ganz bewusst vorgenommen. Dem konnte aus der Sicht der Ag nur der Erklärungswert beigemessen werden, dass hier mit Absicht keine Angabe erfolge. Indem die ASt keine Vergütung als Gegenleistung für einen Leistungsbestandteil einträgt, ist dies dahingehend zu verstehen, dass auch die Leistung nicht erbracht werden soll. In der Eintragung ist im Übrigen auch kein Null-Preis in dem Sinne zu sehen, dass der Bieter, hier die ASt, für die Leistungen keine Vergütung (Preis: 0,00 €) geltend macht. Denn die Eintragung ist ihrer Bedeutung nach kein Platzhalter für eine Bezifferung von (Null-)Beträgen. Sie ist allenfalls in einem Zahlenkontext als Minus-Zeichen gebräuchlich; mangels Subtraktionsbetrags kommt dieses Verständnis hier jedoch nicht in Betracht.

Auch die übrigen Angebotsbestandteile lassen kein anderes Verständnis des Angebotsinhalts zu. Denn weder das nicht erfolgte – nach den Vergabeunterlagen allerdings auch nicht ausdrücklich geforderte – Beifügen des Wartungsvertragsformulars noch eine anderweitige Erwähnung, etwa im Formblatt 235 („Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen“), deuten darauf hin, dass die ASt auch die Wartungsleistungen anbieten wollte.

Der vorstehenden Auslegung steht auch nicht entgegen, dass an der Stelle der Eintragung – wie die ASt behauptet – gar keine Angabe gefordert war. Denn die Preisangabe für den Wartungsvertrag war im mit dem Angebot abzugebenden Formblatt 213 ausdrücklich verlangt. Dort heißt es nämlich in der entsprechenden Fußnote zu Ziffer 2.1, unter der die Preisangabe für die Wartung erfolgen sollte, dass

diese Position „nur [auszufüllen ist], wenn den Vergabeunterlagen ein Wartungs-/Instandhaltungsvertrag beiliegt“. Dies war unstrittig der Fall, so dass die einzige Bedingung für eine Eintragung erfüllt und die entsprechende Angabe zweifelsfrei gefordert war. Dass der Wartungsvertrag als ausfüllungsbedürftiges Formular einerseits den Vergabeunterlagen beilieg, andererseits aber nicht (schon) den Angebotsunterlagen beizufügen war, ändert nichts an der Eindeutigkeit der Forderung der entsprechenden Eintragung im Formblatt 213. Insbesondere hätte der Umstand, dass im Wartungsvertrag nochmals der Wartungspreis einzutragen ist, keinen zusätzlichen Nutzen für die Angebotswertung mit sich gebracht. Vielmehr stehen nach den Vergabeunterlagen (vgl. insbesondere Ziffer 6 des Formblatts 211 EU und Ziffer 3 des Formblatts 242) für die Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots bereits alle erforderlichen Daten zur Verfügung, wenn neben dem Gesamtpreis für die Bauleistungen auch die entsprechende Preisangabe für die Wartung im Formblatt 213 eingetragen ist; die Vorlage des Wartungsvertrags ist insoweit nicht erforderlich.

- b) Selbst wenn das Angebot der ASt doch dahingehend zu verstehen wäre, dass die ASt die Wartung wie gefordert mit anbieten wollte, ist die fehlende Preisangabe jedenfalls nicht unschädlich nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) Halbs. 2 VOB/A, sondern muss zwingend zum Ausschluss des Angebots der ASt nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) Halbs. 1 i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A führen.

Gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) Halbs. 2 VOB/A ist ein Angebot trotz fehlender Preisangabe nicht auszuschließen, falls lediglich in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt und durch die Außerachtlassung dieser Position der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge, auch bei der Wertung dieser Position mit dem höchsten Wettbewerbspreis, nicht beeinträchtigt werden. Die Voraussetzungen des § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) Halbs. 2 VOB/A liegen hier jedenfalls nicht vor, da es sich bei der Wartung nicht um eine unwesentliche Position im Sinne dieser Vorschrift handelt.

Bei dem Merkmal der „Unwesentlichkeit“ handelt es sich um eine eigenständige Voraussetzung, die insbesondere nicht bereits dann vorliegt, wenn die übrigen Voraussetzungen (Beeinträchtigung des Wettbewerbs und der Wertungsreihenfolge) gegeben sind (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 1. November 2011, Verg W 12/11; Dicks in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A, 2. Aufl., § 16 Rn. 38).

Dementsprechend können Auswirkungen der konkreten Angebotslage auf den Wettbewerb bzw. die Bieterreihenfolge grundsätzlich keine Rolle für Bewertung einer Position als unwesentlich oder nicht unwesentlich spielen. Folglich ist in diesem Zusammenhang auch ohne Bedeutung, dass die Wartungsposition vorliegend, auch bei Zugrundelegung des höchsten Wettbewerbspreises, nur einen geringen Anteil am Gesamtangebotspreis der ASt ausmacht. Bei der hier somit gebotenen generellen Betrachtung führt der hier geringe Anteil am Gesamtvolumen in preislicher Hinsicht vorliegend nicht zu der Annahme, dass die Wartungsposition als unwesentlich einzustufen ist. Denn zum einen erhalten die Wartungsleistungen schon dadurch eine besondere Bedeutung und sind nicht als unwesentlich einzuordnen, dass sie einen dezidiert eigenen und im Vergleich zu den Bauleistungen andersartigen Leistungsbestandteil darstellen, für den dementsprechend sogar ein eigenes Vertragsformular mit gesonderten Vertragsbedingungen erstellt wurde. Zum anderen ist aber auch zu beachten, dass die Wartungsleistungen wertmäßig zunächst zwar nur einen geringen Teil der Auftragssumme darstellen, mit ihrer Einbeziehung in die Beauftragung jedoch auch die Verlängerung der Gewährleistungsfrist für die betroffenen Anlagen von zwei auf vier Jahre verbunden ist (vgl. § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B), so dass dies für den Auftraggeber eine erhebliche Reduzierung des Gewährleistungsrisikos nach Abnahme für einen bedeutenden Teil des Auftragswerts bedeutet. Aufgrund dieser vertragsrechtlichen Wirkungen kommt der Wartungsposition eine besondere Bedeutung zu, die für eine Unwesentlichkeit der Position keinen Raum lässt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG; die ASt unterliegt vollumfänglich.

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.

Der Vorsitzende Behrens ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschrift gehindert.

Ohlerich

Ohlerich