



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 62/14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

[...]

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Wärmeversorgung für [...] in [...]“, Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den

ehrenamtlichen Beisitzer Adamczak auf die mündliche Verhandlung vom 19. August 2014 am 27. August 2014 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin sowie die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im Verhandlungsverfahren die Versorgung einer ihrer Liegenschaften mit Heizwärme europaweit aus. Die Antragstellerin (ASt) ist derzeit – bereits seit 2004 – mit der Erbringung der Wärmelieferungen (sog. Wärmecontracting) für die Ag in der entsprechenden Liegenschaft betraut.

In der Bekanntmachung vom 14. Februar 2014 hieß es unter Ziffer II.1.1):

„Wärmeversorgung für [...]“

sowie unter Ziffer II.1.5) unter „Kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens“:

„Die [...] benötigt für die Wärmeversorgung einer Liegenschaft des [...] in [...] Heizwärme zum Zweck der Raumheizung und Warmwasserbereitung [...]. Lieferobjekt ist die benötigte Wärme [...]. Lieferbeginn ist der 1.10.2014.“

Eine Angebotsabgabe war möglich bis zum 2. Juli 2014.

In den Vergabeunterlagen vom 20. März 2014 hieß es auf S. 7 der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“, Teil 1, unter Ziffer 3.2.a (‐Beschreibung der Bestandsversorgung (Werk Ohlsdorf)“):

“Auf dem Werksgelände befindet sich ein Heizcontainer mit einer vertraglich vorzuhaltenden Anschlussleistung in Höhe von 2.567 kW. Dieser versorgt die im Punkt 3.1 gelb-markierten Gebäude und Verbraucher [...] mit Heizwasser. Der Heizcontainer wird aus der Gas-Druckregel- und Messstation [...] mit Erdgas versorgt.

Im Rahmen der 2004 durchgeführten Ausschreibung wurde der Heizcontainer an das vorhandene Dampfleitungsnetz angeschlossen. Das vorhandene Dampfleitungsnetz ist jedoch nach der Demontage des Dampferzeugers für die Heizwasserversorgung überdimensioniert. Das unterirdische Teilstück zwischen Anschlusspunkt Kantine und Anschlusspunkt oberirdisches Dampfleitungsnetz wurde von der [...] erneuert und an die Heizwasserverteilung angepasst. Das restliche Dampfleitungsnetz wird vom Anschlusspunkt oberirdisches Dampfleitungsnetz bis zum Heizcontainer weiterhin für die Heizwasserverteilung genutzt.”

Auf S. 10 der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“, Teil 1, wurde unter Punkt 3.4.a ergänzend ausgeführt:

„Das noch bestehende Dampfleitungsnetz vom Anschlusspunkt oberirdisches Dampfleitungsnetz bis zum Heizcontainer soll im Rahmen der neuen Ausschreibung vom Auftragnehmer erneuert und an die Heizwasserverteilung angepasst werden.“

Dieser „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ waren mehrere Fotos beigelegt. Bild 5 (S. 24) zeigt eine Leitung zwischen zwei Gebäudekomplexen. Dieses Bild ist mit der Bezeichnung „Dampfleitung“ untertitelt. Die Verfahrensbeteiligten haben in der mündlichen Verhandlung vom 19. August 2014 übereinstimmend bestätigt, dass es sich bei der auf diesem Foto abgebildeten Leitung um die Leitung handele, auf die die Ag unter Punkt 3.4.a Bezug genommen habe.

Es ist zwischen den Parteien streitig, ob die Leitung zwischen dem Anschlusspunkt oberirdisches Dampfleitungsnetz bis zum Heizcontainer in der Vergangenheit bereits durch die ASt erneuert und in eine Heizwasserleitung umgewandelt wurde. Diese Bestandsleitung wird derzeit mit Heizwasser betrieben. Es ist technisch grundsätzlich möglich, Leitungen, die ursprünglich für den Betrieb als Dampfleitung konzipiert waren, zur Leitung von Heizwasser zu verwenden.

Am 2. und 3. April 2014 fand ein Ortstermin in den Werken [...] und [...] statt, an dem ein Vertreter der ASt (Herr [...]) teilnahm, der bis zu diesem Zeitpunkt nicht in die Betreuung der betreffenden Liegenschaften involviert gewesen war und die Örtlichkeiten daher nicht kannte. Im Rahmen dieses Termins wurde den potentiellen Bietern die oben erwähnte Leitung gezeigt (Bild 5) mit dem Hinweis, dies sei die Dampfleitung, die gemäß den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zu erneuern sei. In dem Protokoll dieses Termins, datiert auf den 10. April 2014, wurde unter Ziffer 1 („Inhalte/Maßnahmen“) ausgeführt:

„Am 02./03.04.2014 fand die Bieterbegehung in Werk [...] und [...] statt. Den Bietern wurden die Heizzentralen [...], Aufstellflächen (Heizcontainer Werk, Heizcontainer, Lehrwerkstatt), Oberirdische Dampfleitungstrasse, Kanalschacht Unterirdische Heizleitung, [...] sowie die Liefergrenzen gezeigt.“

Unter Ziffer 3 („Pläne“) dieses Protokolls hieß es:

„Folgende Pläne werden soweit vorhanden allen Bietern zur Verfügung gestellt:

- [...]
- Lagepläne
- Leitungstrassen (oberirdische Dampfleitung und Erdgas)
- [...]“

Unter Ziffer 20 („Ablösesummen“) des Protokolls wurde ausgeführt:

„Folgender Restwert bzw. Entschädigungswert ist zum 01.10.14 an den jetzigen Contractor vom Auftragnehmer zu zahlen. Hintergrund ist die vorzeitige Kündigung von bestehenden Nachträgen, um eine einheitliche Vertragslaufzeit zu erzielen, sowie um die Wärmeversorgung der Liegenschaft von verschiedenen Auftragnehmern zu vermeiden.

[...]: [...] € (netto)

[...]: [...] € (netto)“

Auch die ASt hat das Protokoll sowie die o.g. Lagepläne und Pläne der Leistungstrassen erhalten.

Am 17. Juni 2014 fand ein Bietergespräch statt. Der Vertreter der ASt wies hierbei darauf hin, dass es sich bei der gezeigten Leitung nicht um eine Dampfleitung handele, sondern um eine Heizwasserleitung. Im Protokoll über dieses Gespräch, welches auf den 18. Juni 2014 datiert,

wurde diese Frage nicht festgehalten. Stattdessen hieß es dort unter „Inhalte/Maßnahmen“ zu Ziffer 6, „Dampfleitung“:

“Die Dampfleitung ist gemäß Ausschreibungsunterlagen vom Auftragnehmer zu erneuern.”

Im Rahmen des Bietergesprächs kam auch die Frage zur Sprache, wer Eigentümer der auf der Liegenschaft vorhandenen Fernwärmeleitungen sei. Unter Bezugnahme darauf übersandte die Ag am 27. Juni 2014 der ASt eine E-Mail, in der sie ausführte:

„[...] Gemäß Wärmeliefervertrag sind Übergabestelle, Liefer- und Eigentumsgrenzen identisch. Die Übergabestelle befindet sich in den Messeinrichtungen. Daher sehen wir die Fernwärmeleitungen in [...] -Eigentum. Wir bitten Sie, diesen Sachverhalt zu überprüfen und bei Einwänden sich mit uns in Verbindung zu setzen. [...]“

Hierauf antwortete die ASt mit E-Mail vom 2. Juli 2014:

„[...] Gemäß Anlage 2 zum Wärmeliefervertrag [...] befinden sich die Gasleitung, die Fernwärmeleitung und die Luftherhitzer innerhalb der Eigentumsgrenzen. Das Eigentum an den Leitungen und Luftherhitzern können wir bei Bedarf anhand von Rechnungen nachweisen. [...]“

Die ASt hatte in ihrem ersten Angebot vom 13. Mai 2014 unter Ziffer 1 (“Werk [...] – Heizcontainer”) u.a. folgende Leistung angeboten:

„Sanierung der Fernwärmeleitung (alte Dampfleitung) entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung, sowie des Begehungsprotokolls“.

In ihrem überarbeiteten Angebot vom 30. Juni 2014 führte sie unter Ziffer 1 (“Werk [...] – Heizcontainer”) aus:

„Weiterbetrieb der von [der ASt] sanierten Fernwärmeleitungen“

Daraufhin wandte sich die Ag mit Schreiben vom 7. Juli 2014 an die ASt und fragte:

„[...] Auf Seite 2 Ihres Angebots schreiben Sie „Weiterbetrieb der von [der ASt] sanierten Fernwärmeleitungen“. Ist in Ihrem Angebot die Erneuerung der alten Dampfleitung berücksichtigt? [...]“

Mit Schreiben vom 9. Juli 2014 antwortete die ASt darauf:

„Die Erneuerung der erwähnten Dampfleitungen erachten wir für nicht notwendig, da diese Leitungen bereits von [der ASt] saniert wurden.“

Daraufhin schloss die Ag das Angebot der Ag von der Wertung aus und teilte ihr mit Schreiben vom 14. Juli 2014 mit:

„Gemäß § 101a GWB teilen wir Ihnen mit, dass Ihr Angebot den Zuschlag nicht erhalten hat, da es die ausgeschriebenen Leistungen nicht in vollem Umfang beinhaltet.“

Mit Schreiben vom 16. Juli 2014 rügte die ASt durch ihren Verfahrensbevollmächtigten, der Ausschluss ihres Angebots verstoße gegen Vergaberecht, denn sie habe die Erneuerung und Anpassung des noch bestehenden Dampfleitungsnetzes wie von der Ag gefordert angeboten. Sie führte hierzu aus:

„In den Vergabeunterlagen [...] haben Sie folgende Anforderung formuliert: „Das noch bestehende Dampfleitungsnetz vom Anschlusspunkt oberirdisches Dampfleitungsnetz bis zum Heizcontainer soll im Rahmen der neuen Ausschreibung vom Auftragnehmer erneuert und an die Heizwasserverteilung angepasst werden.“ Das ist Bestandteil des Angebots meiner Mandantschaft, ist kalkuliert und im Angebotspreis inkludiert.“

Weiter rügte die ASt, das Schreiben der Ag enthalte keine hinreichenden Angaben zum frühestmöglichen Zeitpunkt der Zuschlagserteilung und keine nachvollziehbare Begründung für den Ausschluss des Angebots der ASt. Mit Schreiben vom 18. Juli 2014 half die Ag der Rüge teilweise ab, indem sie der ASt sowohl den frühestmöglichen Termin der Zuschlagserteilung als auch eine Begründung für den Ausschluss ihres Angebots mitteilte. Im Übrigen aber half sie der Rüge nicht ab und begründete dies damit, dass die ASt – anders als von der Ag gefordert – nicht die vollständige Erneuerung des alten Dampfleitungsnetzes angeboten habe. Daraufhin rügte die ASt mit Schreiben vom 21. Juli 2014, dass die Ag die Ausführungen der ASt verkannt habe, die ASt habe sehr wohl die Erneuerung des Dampfleitungsnetzes angeboten – nur eben nicht die (nochmalige) Erneuerung der konkreten Dampfleitung, die bereits 2004 durch eine Warmwasserleitung ersetzt worden sei. Die ASt führte darüber hinaus wörtlich aus:

„[...]Aus der Antwort vom 09.07.2014 meiner Mandantschaft können Sie lediglich entnehmen, dass die bereits sanierten Dampfleitungen, die nunmehr keine Dampfleitungen mehr sind, sondern Warmwasserleitungen, nicht noch einmal saniert/erneuert werden sollen. [...] Selbstverständlich würden im Falle der

Zuschlagserteilung auch alle weiteren noch vorhandenen alten Dampfleitungen der Erneuerung/Sanierung unterfallen. Diese Leistungen sind kalkuliert und im Angebotspreis inkludiert. [...]

Mit Schreiben vom 23. Juli 2014 erklärte die Ag wiederum, der Rüge nicht abzuweichen.

In einem weiteren Schreiben vom 25. Juli 2014 forderte die Ag die ASt auf, sich zum Inhalt ihres Angebots zu erklären. Sie fragte wörtlich:

„Um insoweit Missverständnisse auszuschließen, fordern wir Sie hiermit auf, uns bis zum Montag, 28.07.2014 [...], unmissverständlich mitzuteilen, ob die Erneuerung der Bestandsleitung zwischen den Anschlusspunkten „Heizcontainer“ und „oberirdisches Dampfleitungsnetz“, die derzeit zur Wärmeversorgung genutzt wird, vom Angebot Ihrer Mandantin vom 30.06.2014 umfasst ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, wann diese Leitung errichtet oder zum letzten Mal saniert wurde, in welchem Zustand sie sich derzeit befindet und ob Ihre Mandantin die nun ausgeschriebene Erneuerung für sinnvoll erachtet.“

Darauf erwiderte die ASt mit Schreiben vom 28. Juli 2014:

„Meine Auftraggeberin bestätigt Ihnen nochmals ausdrücklich, dass die ausgeschriebenen Leistungen gemäß Ziffer 3.4.a) der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 20.03.2014 Gegenstand ihres Angebots vom 30.06.2014 sind. [...] Meine Mandantschaft erklärt sich hiermit ausdrücklich bereit, ohne die Sinnhaftigkeit weiter in Frage zu stellen, für den Fall der Zuschlagerteilung die unter Ziffer 3 genannte Warmwasser-Nahwärmeleitung zu demontieren und neu zu errichten. Zusätzliche Kosten werden hierfür nicht geltend gemacht. Das mit dem Angebot vom 30.06.2014 kalkulierte Instandhaltungsbudget enthält einen ausreichenden Puffer, so dass die Auskömmlichkeit des Angebots vom 30.06.2014 nach wie vor gegeben ist.“

Hierauf erfolgte keine weitere Reaktion der Ag.

Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 24. Juli 2014 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am gleichen Tag an die Ag übermittelt.

Die ASt ist der Ansicht, der Ausschluss ihres Angebots sei vergaberechtswidrig erfolgt. Sie habe insbesondere keine Änderung an den Vergabeunterlagen vorgenommen, sondern lediglich die Leistung angeboten, welche die Ag in ihren Ausschreibungsunterlagen verlangt habe: eine Sanierung der noch vorhandenen Dampfleitungen. Offenbar sei es der Ag nicht bewusst gewesen, dass die ehemalige Dampfleitung an der unter Ziffer 3.4.a der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“, Teil 1, bezeichneten Stelle zwischen dem Anschlusspunkt oberirdisches Dampfleitungsnetz und dem Heizcontainer bereits von der ASt saniert und in eine Heizwasserleitung umgewandelt worden sei. Die durchschnittliche Lebensdauer einer solchen Leitung betrage 40 Jahre. Schließlich habe sie eine Sanierung von Dampfleitungen an der streitgegenständlichen Stelle schlicht deshalb nicht vornehmen – und konsequenterweise auch nicht anbieten – können, weil dort gar keine Dampfleitungen mehr vorhanden seien, die man sanieren könne. Selbst wenn ihr Angebot Unklarheiten hinsichtlich der angebotenen Leistung aufgewiesen haben sollte, habe sie diese durch ihr Schreiben vom 28. Juli 2014 ausgeräumt. Die Divergenzen zwischen ihrem ersten Angebot vom 13. Mai 2014 und dem zweiten Angebot vom 30. Juni 2014 erklärt die ASt damit, dass bei der Begehung vom 3./4. April 2014 der Charakter der gezeigten Leitung für sie nicht von Relevanz gewesen sei. Daher sei im ersten Angebot vom 13. Mai 2014 noch die „Sanierung der Fernwärmeleitung (alte Dampfleitung) entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung, sowie des Begehungsprotokolls“ enthalten gewesen. Erst im Nachgang zur Erstellung des ersten Angebots sei man sich bei der ASt darüber klar geworden, dass die konkret im Rahmen der Begehung gezeigte Leitung keine Dampfleitung mehr sei, sondern schon saniert und dabei in eine Heizwasserleitung umgewandelt worden sei. Darüber, welche konkrete Leitung die Ag mit der Bezeichnung „Dampfleitung“ gemeint habe, habe bei der ASt aber von Anfang an Klarheit bestanden. Im Übrigen sei die Ag zu einer Ausschreibung, die die Sanierung der streitgegenständlichen Leitung zum Gegenstand habe, gar nicht berechtigt gewesen, denn diese stehe im Eigentum der ASt. Einen zunächst noch geltend gemachten Verstoß gegen die Vorgaben des § 101a GWB hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zurückgezogen.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, erneut in die Wertung einzutreten und den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebots der ASt zu erteilen;
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären; und

4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. der ASt die beantragte Akteneinsicht zu versagen;
2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war und
4. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen.

Die Ag ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei schon unzulässig, weil die ASt den Ausschluss ihres Angebots nicht als Verstoß gegen Vergaberecht gerügt habe. Die ASt bestreite nämlich nicht die Unvollständigkeit ihres Angebots, sondern halte die Erneuerung der Leitung in der ausgeschriebenen Form für nicht notwendig.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet, denn die Ag sei dazu berechtigt gewesen, das Angebot der ASt auszuschließen. Dies sei vergaberechtskonform, denn die ASt habe die Vergabeunterlagen abgeändert. Sie habe nicht vollumfänglich die ausgeschriebene Leistung angeboten, sondern ihre eigene Einschätzung hinsichtlich der Sanierung der streitgegenständlichen Leitung über die Entscheidung der Vergabestelle gesetzt, als sie entschied, keine Sanierung der streitgegenständlichen Leitung anzubieten. Dieser Wille ergebe sich aus einer Auslegung ihres Angebots in Zusammenschau mit dem darauffolgenden Schriftverkehr zur Aufklärung des Angebots. Ihr, der Ag, obliege aber allein die Bestimmung des Beschaffungsgegenstands. Die Ag bestreitet mit Nichtwissen, dass die ASt an der streitgegenständlichen Stelle bereits eine Leitung saniert habe. Die nachträgliche Erklärung der ASt, auch die streitgegenständliche Leitung – nach Vortrag der ASt: erneut – zu sanieren, stelle ein unzulässiges Nachverhandeln dar, auf das die Ag zu Recht nicht eingegangen sei. Insbesondere sei sie, die Ag, auch dazu berechtigt gewesen, die Sanierung der streitgegenständlichen Leitung auszuschreiben, denn diese stehe in ihrem Eigentum. Im Übrigen sei aus fachtechnischer Sicht selbst eine – unterstellt: erneute – Sanierung der streitgegenständlichen Leitung wirtschaftlicher als eine Weiternutzung der – unterstellt: erst 10 Jahre alten – Leitung.

Mit Beschluss vom 31. Juli 2014 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Sie macht geltend, der Ausschluss des Angebots der ASt sei rechtmäßig erfolgt. Unabhängig davon, ob die alte Dampfleitung an der streitgegenständlichen Stelle bereits saniert worden sei, müsse in der Ausschreibung jedenfalls eine (ggf. wiederholte) Sanierung verlangt werden, um vergleichbare Angebote sämtlicher Bieter zu erhalten. Die ASt dürfe insoweit nicht davon profitieren, dass sie die derzeitige Vertragspartnerin sei und in der Vergangenheit möglicherweise in die Sanierung des bestehenden Leitungsnetzes investiert habe. Mit dem Einwand, die Ag habe eine Demontage der existierenden Leitung schon nicht ausschreiben dürfen, weil die ASt Eigentümerin der Leitung sei, sei die ASt präkludiert.

Die Bg beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. ihr Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;
2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Bg zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war;
4. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen aufzuerlegen.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg nach vorheriger Zustimmung der Ag antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 19. August 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 Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

Auf den vorliegenden Fall ist gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1, 2 Abs. 2 SektVO in Verbindung mit § 98 Nr. 4 GWB die Sektorenverordnung anzuwenden. Die Ag ist eine Sektorenauftraggeberin nach § 98 Nr. 4 GWB auf dem Gebiet der Energieversorgung oder auf dem Gebiet des Verkehrs. Denn sie ist als juristische Person des Privatrechts laut ihrem Internetauftritt ein Unternehmen

des [...]Konzerns, welches Energie für [...]Konzernunternehmen, aber auch für dritte Unternehmen aus dem Bereich Verkehr liefert (vgl. insoweit die Definitionen in der Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB). Als Konzernunternehmen eines Staatsunternehmens übt sie ihre Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen Rechten aus (vgl. insoweit Eschenbruch/Opitz-Opitz, Kommentar zur SektVO, § 1 Rn. 155).

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist ein Auftrag, der im Zusammenhang mit Tätigkeiten der Ag auf dem Gebiet der Energieversorgung oder des Verkehrs vergeben wird. Eine genauere Festlegung kann hier dahinstehen, da in beiden Fällen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 2 SektVO erfüllt sind. Gemäß den Ausführungen unter Ziffer II.1.1) und II.1.5) der Bekanntmachung beschafft die Ag „für die Wärmeversorgung einer Liegenschaft des [...]Konzerns in [...] Heizwärme zum Zweck der Raumheizung und Warmwasserbereitung“. Die Liegenschaft in [...], die hier mit Heizwärme versorgt werden soll, zählt zur Infrastruktur der [...] und dient daher (jedenfalls) der Erbringung des öffentlichen Nahverkehrs im Bereich [...].

1. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind erfüllt.

a) Die ASt ist antragsbefugt, § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe ihres Angebots belegt und behauptet, durch den Ausschluss ihres Angebots vom Verfahren in ihren Rechten verletzt zu sein. Schließlich trägt sie vor, dass ihr durch den Ausschluss ein Schaden drohe, weil ihr Angebot aufgrund des Ausschlusses nicht den Zuschlag erhalten könne.

b) Die gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB erforderliche Rüge ist ordnungsgemäß und rechtzeitig erfolgt.

aa) In der Erklärung vom 16. Juli 2014 und vom 21. Juli 2014 bringt die ASt zum Ausdruck, dass sie den Ausschluss ihres Angebots für vergaberechtswidrig hält.. Die Ag ist der Ansicht, inhaltlich liege keine Rüge vor, weil die ASt sich auf den Standpunkt stelle, dazu berechtigt gewesen zu sein, von den Vergabeunterlagen abzuweichen. Anders als die Ag meint, kommt es aber für das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Rügeerklärung gerade nicht darauf an, ob die ASt eine zutreffende rechtliche Beurteilung der angegriffenen Ausschlussentscheidung vorgenommen hat. Relevant und ausreichend ist allein, dass sie die Ausschlussentscheidung der Ag als vergaberechtswidrig kritisiert hat (vgl. OLG

München, Beschluss vom 20. März 2014, Verg 17/13; Beschluss vom 2. August 2007, Verg 7/07; Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.)-*Eschenbruch*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 107, Rn. 126 m.w.N.).

bb) Die Rügeerklärung vom 16. Juli 2014 – welche sich auf den Ausschluss des Angebots der ASt vom 14. Juli 2014 bezieht – war unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Gleiches gilt für die erneute Rüge vom 21. Juli 2014, welche sich auf die Nichtabhilfeerklärung der Ag vom 18. Juli 2014 bezieht. Ob etwaige Vergabeverstöße aus der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für die ASt erkennbar waren, ist vorliegend unerheblich. Denn die Rügefristen des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 3 GWB sind bereits deshalb nicht anwendbar, da die Bekanntmachung keine Frist zur Angebotsabgabe oder Bewerbung enthielt (vgl. 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 12. Dezember 2013, VK 1-101/13).

c) Die Frist des § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GWB ist gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Der Ausschluss des Angebots der ASt war vergaberechtskonform, denn die Ag hat die Erneuerung einer bestimmten Leitung ausgeschrieben (hierzu a)) und die ASt hat nicht das angeboten, was die Ag ausgeschrieben hat (hierzu b)). Da es im Anwendungsbereich der SektVO an einer Sonderregelung fehlt, sind solche Angebote nach der allgemeinen Vorschrift des § 97 Abs. 1, 2 GWB von der Wertung auszuschließen. Denn ein derartiges Angebot ist nicht mit den anderen Angeboten im Wettbewerb vergleichbar (vgl. EuGH, Urteil vom 25. April 1996, C-87/94, OLG München, Beschluss vom 29. September 2009, Verg 12/09, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Dezember 2009, VII-Verg 52/09).

a) Die Ag hat die Erneuerung und Anpassung einer bestimmten Leitung ausgeschrieben (dazu unter aa)). Dass sie diese als „Dampfleitung“ bezeichnet hat, obwohl derzeit hierdurch Heizwasser geleitet wird, ist ebenso unschädlich wie der Aspekt, dass die ASt die Erneuerung dieser Leitung als „nicht notwendig“ erachtet (dazu unter bb)). In wessen Eigentum die Bestandsleitung steht, ist für die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung ebenfalls unerheblich (dazu unter cc)).

- aa) Unter Punkt 3.4.a der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“, Teil 1, hatte die Ag verlangt, „das noch bestehende Dampfleitungsnetz vom Anschlusspunkt oberirdisches Dampfleitungsnetz bis zum Heizcontainer vom Auftragnehmer [erneuern] und an die Heizwasserverteilung [anpassen zu lassen].“ Dieser Unterlage war auf S. 24 als Bild 5 ein Foto beigefügt, das eine Leitung zwischen zwei Gebäudekomplexen zeigt. Die Leitung wurde auf dem Foto als „Dampfleitung“ bezeichnet.

Aus der – maßgeblichen – Sicht eines objektiven Empfängers (§§ 133, 157 BGB) ist dies so zu verstehen, dass die unter Punkt 3.4.a ausgeschriebenen Leistungen die auf dem Foto abgebildete Leitung betreffen. Diese Leitung sowie deren Anschlusspunkte wurden anlässlich des Begehungstermins vom 3./4. April 2014 auch den Bietern gezeigt mit der Bemerkung, dies sei die „Dampfleitung“, die gemäß Ausschreibungsunterlagen zu sanieren sei. Außerdem wurde den Bietern im Ortstermin ein Lage- sowie ein Trassenplan der ausschreibungsgegenständlichen Leitung übergeben. Dass es sich bei der in Punkt 3.4a der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“, Teil 1, um diese konkrete Leitung handelte, hat auch die ASt so verstanden.

- bb) Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Leitung von der Ag in den Vergabeunterlagen durchgängig und auch anlässlich des Begehungstermins als „(alte) Dampfleitung“ bezeichnet wurde. Diese Bezeichnung ist jedenfalls deshalb unzutreffend, weil die konkret vorhandene Leitung derzeit jedenfalls nicht (mehr) zur Durchleitung von Dampf, sondern – insoweit unstrittig – zur Durchleitung von Heizwasser verwendet wird. Der Begriff „Dampfleitung“ beschreibt somit nicht zutreffend, was derzeit durch diese Leitung geleitet wird.

Eine derartige Falschbezeichnung ist aber dann unbeachtlich, wenn alle Beteiligten sie übereinstimmend verwenden, wenn also über den Vertragsgegenstand als solchen – möge er auch objektiv falsch bezeichnet werden – Einigkeit zwischen den Beteiligten besteht (vgl. insoweit die ständige Rechtsprechung seit dem Urteil des Reichsgerichts vom 8. Juni 1920, II 549/19; vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung die Urteile des BGH vom 3. März 2011, III ZR 330/09, vom 24. April 2009, LwZR 11/08, sowie vom 18. Januar 2008, V ZR 174/06).

So liegen die Dinge hier. Die objektiv unzutreffende Bezeichnung der Leitung hat die Ag und die ASt nicht daran gehindert, übereinstimmend in allen ihren Erklärungen diese Leitung zu bezeichnen, so dass über den Vertragsgegenstand als solchen zwischen den Parteien zu keinem Zeitpunkt ein Dissens geherrscht hat. Dies hat auch die ASt in ihrem schriftsätzlichen Vortrag nicht in Abrede gestellt und zuletzt im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 19. August 2014 auf Nachfrage der Vergabekammer nochmals ausdrücklich betont. Dieses Verständnis der ASt dokumentiert auch ihr erstes Angebot vom 13. Mai 2014, in dem die „Sanierung der Fernwärmeleitung (alte Dampfleitung)“ durch die ASt ausdrücklich angeboten wurde. Die ASt hat weiter ausgeführt, sie habe erst nach ihrem ersten Angebot erkannt, dass die Ag die streitgegenständliche Leitung falsch bezeichnet hatte und die Ag deshalb im anschließenden Bietergespräch hierauf hingewiesen. Insbesondere hat die ASt auch nicht vorgetragen, dass sich an der entsprechenden Stelle „vom Anschlusspunkt oberirdisches Dampfleitungsnetz bis zum Heizcontainer“ noch andere, gegebenenfalls (noch) nicht sanierte, tatsächliche noch immer zur Durchleitung von Dampf verwendete Leitungen („Dampfleitungen“) befänden, deren Erneuerung sie in ihrem zweiten Rügeschreiben vom 21. Juli 2014 angeboten hätte.

Unklar war nach Auffassung der ASt somit nicht, welche Leitung die Ag gemeint hatte. Das Problem der ASt bestand nach ihrem Vorbringen vielmehr darin, dass sie – so ihre Antwort auf die Frage der Ag am 9. Juli 2014 – die Erneuerung dieser Leitung für „nicht notwendig“ erachtete, da sie diese Leitung bereits 2004 saniert habe und die Lebensdauer solcher Leitungen grundsätzlich ca. 40 Jahre betrage. Ob eine andere Art der Ausschreibung aus Sicht eines Bieters zweckmäßiger oder wirtschaftlicher gewesen wäre, ist jedoch vergaberechtlich unerheblich. Die Entscheidung über den konkreten Beschaffungsgegenstand, also die Entscheidung darüber, was ausgeschrieben wird, trifft allein der öffentliche Auftraggeber kraft des ihm zukommenden weiten Bestimmungsrechts (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12; Beschluss vom 27. Juni 2012, VII-Verg 7/12; Beschluss vom 3. März 2010, VII-Verg 46/09; Beschluss vom 17. Februar 2010, VII-Verg 42/09; Beschluss vom 22. Oktober 2009, VII-Verg 25/09). Das Bestimmungsrecht des Auftraggebers hat seine Grenzen nur dort und ist konsequenterweise von der Vergabekammer auch nur insoweit überprüfbar, wo die Leistungsbestimmung nicht durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt

ist, wo vom Auftraggeber dafür keine nachvollziehbaren objektiven und auftragsbezogenen Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich nicht willkürfrei getroffen worden ist oder wo die vorgenommene Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer diskriminiert (vgl. insoweit den Kriterienkatalog im Beschluss des OLG Düsseldorf vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12). Dafür, dass der Beschaffungsentschluss der Ag gegen diese Maßstäbe verstieß, hat die ASt nichts vorgetragen. Ob die Ausübung des Bestimmungsrechts durch die Ag wirtschaftlich sinnvoll war, hat die Vergabekammer nach dem oben Dargelegten nicht zu überprüfen (vgl. in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12).

- cc) Das angebliche Eigentum der ASt an der betreffenden Leitung steht der Rechtmäßigkeit der ausgeschriebenen Beschaffung ebenfalls nicht entgegen. Es kann dahinstehen, ob – wie die Bg vorträgt – die ASt gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB mit ihrem Einwand auf ihr Eigentum bereits präkludiert ist. Dieser Einwand ist im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nämlich unerheblich, da die Ag hier jedenfalls dazu berechtigt war, die Leistung wie geschehen auszuschreiben, auch wenn das Eigentum an der Bestandsleitung streitig ist. Unabhängig von der sachenrechtlichen Beurteilung könnten Zweifel an der Berechtigung der Ag zur Ausschreibung nur dann bestehen, wenn es für die Bieter aufgrund eines etwaigen Eigentumsrechts der ASt unmöglich wäre, an der betreffenden Stelle eine neue Heizwasserleitung zu errichten. Selbst wenn die ASt Eigentümerin der vorhandenen Leitung wäre und sich einem Abriss – unter Zugrundelegung des aktuell zwischen den Parteien bestehenden Wärmelieferungsvertrags, der der Vergabekammer nicht vorliegt – rechtlich widersetzen dürfte, dürfte es nämlich jedenfalls möglich sein, an der entsprechenden Stelle eine neue Leitung (auch) unter Beibehaltung der Bestandsleitung zu errichten, so dass in deren Substanz nicht eingegriffen werden müsste. Ohnehin sind in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung „Ablösesummen“ zugunsten des derzeitigen Wärmecontractors, also der ASt, vereinbart.
- b) Die ASt hat in ihrem Angebot vom 30. Juni 2014 hinsichtlich der betroffenen Leitung nicht, wie gefordert, eine „Erneuerung“ und „Anpassung an die Heizwasserverteilung“ angeboten. Sie hat diesbezüglich stattdessen überhaupt keine Erneuerungsleistung angeboten, sondern lediglich den „Weiterbetrieb“ der existenten – nach ihrem Vortrag:

„bereits von [ihr] sanierten“ – Leitung. Dies hat sie auch auf Nachfrage der Ag bestätigt, was sich aus ihrem Schreiben an die Ag vom 9. Juli 2014 ergibt, in dem sie wörtlich ausführt: „Die Erneuerung der erwähnten Dampfleitungen erachten wir für nicht notwendig, da diese Leitungen bereits von [der ASt] saniert wurden.“

Danach war das Angebot der ASt vom 30. Juni 2014 so zu verstehen, dass sie die von der Ag ausgeschriebene Erneuerung und Anpassung der streitgegenständlichen Leitung nicht angeboten hat. Dies geschah nach ihren Erklärungen in der mündlichen Verhandlung vom 19. August 2014 auch durchaus bewusst, da sie – unter Zugrundelegung ihres Vortrags, wonach sie die streitgegenständliche Leitung bereits 2004 erneuert habe – eine erneute Sanierung der Leitung für unwirtschaftlich und technisch schlicht unnötig hielt. Die ASt erklärt die Abänderung ihres ersten Angebots vom 13. Mai 2014, in welchem sie, in Übereinstimmung mit den Verdingungsunterlagen, noch eine „Sanierung der Fernwärmeleitung (alte Dampfleitung) entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung, sowie des Begehungsprotokolls“ angeboten hatte, damit, dass ihr erst im Nachhinein aufgefallen sei, dass sie die betreffende Leitung 2004 bereits saniert habe.

Maßgeblich für die Ermittlung dessen, was die ASt angeboten hat, ist ihr Angebot vom 30. Juni 2014. Ihr vorheriges Angebot vom 13. Mai 2014 ist durch die Überarbeitung erloschen. Die späteren Ausführungen der ASt in ihren Rügen vom 16. und 21. Juli 2014, dass auch die Erneuerung der verfahrensgegenständlichen Leitung Bestandteil ihres Angebots sei, sind nicht zu berücksichtigen. Nach dem soeben Gesagten handelt es sich hierbei nicht um eine reine Erläuterung ihres Angebots vom 30. Juni 2014, sondern um eine Korrektur ihres Angebotsinhalts dergestalt, dass auch die von der Ag gewünschte Erneuerung der Bestandsleitung durchgeführt werde. Auch wenn es sich hier um ein Verhandlungsverfahren handelt, so war zu diesem Zeitpunkt die letzte Verhandlungsrunde und die Wertung der Angebote bereits abgeschlossen. Weitere Verhandlungen oder sonstige Änderungen der abgegebenen Angebote sind damit nicht mehr statthaft und wären vor allem, wenn sie nur mit der ASt erfolgt wären, eine vergaberechtswidrige Ungleichbehandlung der übrigen Bieter. Das Schreiben der Ag vom 25. Juli 2014 ist vor diesem Hintergrund nicht mehr relevant.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, 2 und 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Die ASt ist mit ihrem Begehren vollumfänglich unterlegen. Daher waren ihr die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag vollständig aufzuerlegen. Es entsprach der Billigkeit, der ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen, denn diese hat sich an dem Verfahren vor der Vergabekammer durch schriftsätzlichen Vortrag sowie Anträge in der Hauptsache beteiligt und sich damit einem Unterliegensrisiko ausgesetzt.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag und die Bg war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen hinsichtlich der Auslegung von Angeboten im Bereich eines von Sektorenauftraggebern durchgeführten Verhandlungsverfahrens, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

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.

Die hauptamtliche Beisitzerin ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschrift gehindert.

Behrens

Behrens