



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 94/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Wärmeversorgung [...]Kaserne [...]“, Vergabeverfahren [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Schroers aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. November 2016 am 16. November 2016 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 war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites, offenes Verfahren zur Durchführung der Wärmeversorgung der [...]Kaserne in [...]durch (Absendung der Bekanntmachung am [...] Juni 2016). Die Wärmeversorgung wird bisher von der Antragstellerin (ASt) erbracht.

Für ihr Angebot konnten die Bieter unter zwei Varianten wählen (S. 2 ff der Leistungsbeschreibung):

- In Variante A musste der Auftragnehmer am Gebäude 10 auf eigene Kosten ein Heizwerk errichten und die vereinbarte Wärmemenge bis zur Übergabestelle liefern. Zusätzlich sollte ein Pachtvertrag über die Überlassung eines Teils des Gebäudes 10 und einer Freifläche von 60 qm zur etwaigen Aufstellung eines Vorratslagers im Bereich dieses Gebäudes abgeschlossen werden.
- Bei Variante B musste der Auftragnehmer die vereinbarte Wärmemenge von außerhalb über die bestehenden Fernwärmeleitungen bis zur jeweiligen Übergabestelle in bestimmte Gebäude liefern.

Als Zuschlagskriterien wurden in Ziffer 7 der Angebotsaufforderung i.V.m. Anlage 3 zur Leistungsbeschreibung der „Preis“ (mit einer Gewichtung von 60%) und die „Umweltverträglichkeit“ (CO₂-Emissionen, Gewichtung: 40%) genannt (Bl. 169 f., 234 der Vergabeakte). Der Begriff „Preis“ wurde in Ziffer 7 der den Vergabeunterlagen beigefügten Muster-Wärmelieferungsverträgen für Angebotsvariante A bzw. B als „Preis für die Wärmeversorgung“ definiert, der sich in einen verbrauchsunabhängigen Leistungspreis für die Bereitstellung der Wärmeleistung und einen verbrauchsabhängigen Arbeitspreis für die bezogene Wärmemenge gliedert. In den Preisblättern waren der Leistungs- und der Arbeitspreis einzutragen und nach bestimmten Vorgaben der Ag zu indizieren (Bl. 182 f., 197 f., 210 f., 221 f. der Vergabeakte). Der Preisvergleich der Angebote im Rahmen der Wertung sollte über die Berechnung des Barwerts über die Vertragslaufzeit von 15 Jahren erfolgen, in

den der Arbeitspreis und der Leistungspreis des betreffenden Bieters sowie bei Variante A die jährliche Pacht für die Mitbenutzung des Gebäudes 10 samt Freifläche einfließen. Entsprechende Berechnungstabellen und Berechnungsformeln waren den Vergabeunterlagen beigelegt (Bl. 237 ff. der Vergabeakte). Eine Preisobergrenze i.H.v. 2.100.000 Euro durfte nicht überschritten werden (Ziffer 4 der Leistungsbeschreibung, Bl. 177 f. der Vergabeakte). Die konkreten Punktwerte eines Angebots wurden in beiden Zuschlagskriterien in Relation zum Angebot mit dem niedrigsten Preis bzw. der niedrigsten CO₂-Emissionen berechnet.

Zum Nachfordern fehlender Unterlagen enthalten die Vergabeunterlagen Folgendes: In Ziffer 5 der Angebotsaufforderung hatte die Ag angekreuzt, dass sie von der Möglichkeit, fehlende Unterlagen gemäß § 56 Abs. 2 VgV nachzufordern, Gebrauch machen könne (Bl. 169 der Vergabeakte). Gemäß Ziffer II.b), c) des „Informations- und Hinweisblatts“ war geregelt, dass die in der Anlage „Übersicht Anlagen“ besonders markierten Unterlagen sowie die unterhalb dieser Tabelle aufgeführten Nachweise zwingend bis zum Angebotsschlussstermin vorzulegen seien; Angebote, die diese Unterlagen nicht enthielten, würden gemäß § 57 Abs 1 VgV von der Wertung ausgeschlossen werden. Die laut Ziffer III.2.2 der Bekanntmachung zum Beleg der Eignung anzugebenden Umsatzzahlen der letzten drei Jahre wurden in der Anlage „Übersicht Anlagen“ nicht genannt (Bl. 172, 255 ff. der Vergabeakte).

An die in Ziffer 4.2 der Angebotsaufforderung der Vergabeunterlagen genannte Adresse eines Mitarbeiters der Ag (Herr S.), an den Bieterfragen „schriftlich oder textlich“ zu richten waren, gingen mehrere Bieterfragen ein, darunter auch welche der ASt. Diese Bieterfragen wurden samt Antwort der Ag den Bietern in „Hinweisblättern“ mitgeteilt. Eine Bieterfrage betraf die in den Vergabeunterlagen vorgesehene Lagerfläche; diese sei für einen für die Lagerung von Holzhackschnitzeln erforderlichen 9m langen Container zu klein. Die Ag antwortete hierauf, dass eine Vergrößerung der verfügbaren Fläche nicht möglich sei (s. 22. Bieterfrage, Bl. 495 der Vergabeakte). Die ASt fragte die Ag u.a.

„Wohin können wir Fragen stellen, die dann auch veröffentlicht werden?“

(Bl. 428 der Vergabeakte); anschließend fragte die ASt nach der Indizierung des Preises am Beispiel Gas. In ihrer Antwort verwies die Ag auf die Beschreibung der wertungsrelevanten Indizes in Ziffer 7 der Vertragsvarianten A und B unter „Preise-Definitionen“ (6. Bieterfrage, Bl. 425, 428 der Vergabeakte). Auf eine weitere Bieterfrage der ASt hin überarbeitete die Ag die

Preisblätter und Tabellen zur Ermittlung des Barwerts (8. Bieterfrage, Bl. 452 ff. der Vergabeakte).

Die ASt und die Beigeladene (Bg) gaben rechtzeitig Angebote ab. Die ASt hat sich für die Variante B entschieden, die Bg für die Variante A.

Am 22. August 2016 forderte die Ag die Bg auf, die fehlenden Umsatzangaben nachzureichen. Die Bg hat diese Angaben innerhalb der gesetzten Frist vorgelegt (Bl. 565, 97a bis 102a der Vergabeakte).

Zur weiteren Wertung der Angebote enthält die Vergabeakte mehrere Auswertungsvermerke der Ag, die alle zu dem Ergebnis kommen, dass das Angebot der Bg die meisten Wertungspunkte erhalte und daher zu bezuschlagen sei. Die Berechnungen der Ag unterscheiden sich bei der Ermittlung der Wertungspunkte für den Preis der Bg anhand des Barwerts; in zwei Auswertungen wurden zu den indizierten Arbeits- und Leistungspreisen der Bg Investitionskosten i.H.v. 410.795 Euro hinzugerechnet, die zu Lasten der Ag bei Beauftragung der Variante A entstehen würden (Bl. 629 bis 633, 662 bis 667 und 668 bis 672 der Vergabeakte).

Mit Schreiben vom 12. September 2016 informierte die Ag die ASt darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es nicht die höchste Punktzahl erreicht habe; der Zuschlag solle auf das Angebot der Bg erteilt werden.

Der Rüge der ASt vom 16. September 2016 half die Ag nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 21. September 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 22. September 2016 an die Ag übermittelt.
 - a) Zur Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags führt die ASt aus, dass in den Vergabeunterlagen zwar nur die Zuschlagskriterien Preis und Umweltverträglichkeit genannt worden seien. Aufgrund der Telefonate mit Herrn B., einem Mitarbeiter der Ag, im Juni/Juli 2016, wonach zusätzlich die Kosten, die der Ag durch die Beauftragung der Variante A entstünden, bei der Wertung berücksichtigt werden würden, habe sie jedoch darauf vertrauen dürfen, dass die Bewertungskriterien entsprechend ergänzt worden seien.

Herr B. sei die Schlüsselfigur bei der Ag, er habe das Vergabeverfahren konzipiert und ausgewertet, sei beim Vororttermin der einzige fachliche Ansprechpartner gewesen und im Vergabeverlauf öffentlich als Vertreter der Ag aufgetreten. Für eine Rüge habe daher vor der Mitteilung des Wertungsergebnisses am 12. September 2016 keine Veranlassung bestanden.

Die ASt meint, die Ag hätte alle Kosten, die ihr oder der Eigentümerin des Grundstücks (der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, BIMA) bei der Beauftragung der Bg entstünden, berücksichtigen müssen. Da das Angebot der Bg tatsächlich nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot sei, dürfe der Zuschlag hierauf nicht erteilt werden.

Im Einzelnen trägt die ASt hierzu vor, dass für die Ag im Rahmen der Variante A (Neuerrichtung eines Heizwerks samt dessen Anbindung an das bestehende Heizsystem), die die Bg angeboten habe, erhebliche Umbau- bzw. Umrüstkosten entstünden (mindestens 750.000 Euro). Des Weiteren benötigten die Gebäude 1 bis 3 durch den Neubau der Heizung in Gebäude 10 ein alternatives Heizsystem (Kosten mindestens 600.000 Euro). Gleichzeitig verliere die Immobilie deutlich an Wert. Denn die ASt könne ihr Angebot, die Heizzentrale in Gebäude 64 für 550.000 Euro zu kaufen, bei Nichterteilung des Zuschlags nicht aufrechterhalten, zudem verschlechtere sich bei der Realisierung der Variante A die Situation im gesamten Wärmenetz. Nicht zuletzt wegen des Gebots zur wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung (Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG, § 7 BHO) müsse dieser nicht unerhebliche Schaden bzw. Wertverlust zu Lasten der Grundstückseigentümerin BIMA in die Angebotswertung einfließen. Abgesehen hiervon verhalte sich die Ag widersprüchlich, wenn sie jetzt vortrage, solche Kosten seien bei der Angebotswertung nicht zu berücksichtigen, obwohl sie ausweislich der Vergabeakte selbst eine Vergleichsrechnung mit den ihr entstehenden Kosten angestellt habe.

Nach Auffassung der ASt ließen die Örtlichkeiten den Betrieb der von der Bg angebotenen Hackschnitzelanlage gar nicht zu. Für die Belieferung und Vorratshaltung von ca. 500 Tonnen Hackschnitzeln seien Lager- und Logistikflächen erforderlich. Auf die Frage eines Bieters hin habe es die Ag abgelehnt, die an der Nordseite des Gebäudes 10 vorgesehenen Flächen für die Aufstellung eines entsprechenden Containers zu vergrößern. Seitdem die Bg für den Zuschlag vorgesehen sei, plane die Ag jedoch, den zusätzlich benötigten Platz für die Hackschnitzelheizung zu schaffen: Gebäude 10 solle abgerissen und ein Fertigbau für die Technik der Hackschnitzelanlage und für die Lagerung der Hackschnitzel gebaut

werden. Die ASt legt hierzu E-Mails und Protokolle über Gespräche zwischen Vertretern der Ag und ihr vor. Die ASt habe auf die Aussage der Ag, keine weiteren Flächen schaffen zu können, vertraut und auf das Angebot einer Hackschnitzelheizung i.S.d. Variante A verzichtet. Zwischenzeitlich könne die Ag gar keine Freiflächen mehr anbieten, denn über die entsprechende Fläche an der Nordseite des Gebäudes 10 würden derzeit eine Schrankenanlage und ein Zaun gebaut.

Schließlich meint die ASt, die ihr gewährte Akteneinsicht sei nicht ausreichend. Sie müsse die Punktzahlen, die die Bg und sie in den Kriterien „Preis“ und „Umweltverträglichkeit“ erhalten hätten, erfahren. Des Weiteren habe die ASt aus der Akteneinsicht nur entnehmen können, dass die Bg auf Nachforderung der Ag Unterlagen nachgereicht habe. Da sie nicht wisse, was für Unterlagen dies seien, könne die ASt nicht beurteilen, ob das Angebot der Bg zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Ag zu untersagen, auf der Grundlage des bisherigen Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erteilen,
 2. der ASt Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren,
 3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB a.F. für notwendig zu erklären,
 4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.
- b) Die Ag meint, bereits aus den in den Vergabeunterlagen genannten Zuschlagskriterien und Bewertungsformeln habe sich ergeben, dass die Ag Mehrkosten, die ihr durch die Beauftragung der jeweiligen Angebotsvariante entstünden, nicht berücksichtige. Die ASt habe dies nicht gerügt. Zudem sei die ASt nicht antragsbefugt, da ein etwaiger Vergaberechtsverstoß, dass die Ag solche Kosten hätte berücksichtigen müssen, die ASt nicht benachteilige, sondern gerade bevorteile.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil die Ag die Angebote anhand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien bewertet und dabei zu dem Ergebnis gekommen sei, dass die Bg das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe (Bl. 662 bis 667 der Vergabeakte). Doch selbst wenn – wie von der ASt verlangt – Zusatzkosten berücksichtigt werden müssten, wäre das Angebot der Bg das wirtschaftlichste. Denn um

Rückschlüsse für künftige Ausschreibungen zu ziehen, habe die Ag vor der Benachrichtigung der Bieter tatsächlich eine Vergleichswertung durchgeführt und Zusatzkosten, die ihr im Falle der Zuschlagung der Variante A entstünden, den Angebotspreisen hinzugerechnet. Hierbei habe sie nur ihre eigenen Zusatzkosten berücksichtigt, jedoch nicht jene Kosten, die zu Lasten des Haushalts anderer Behörden (hier der BIMA) gingen. Vergleichsgrundlage sei eine vor der Ausschreibung vom Staatlichen Hochbauamt [...] erstellte Kostenberechnung nach DIN 276 gewesen, wonach für sämtliche notwendigen Umschlüsse und Umbaumaßnahmen in den Bereichen „Starkstrom-“ und „Außenanlagen“ zusätzlich 410.795 Euro anfielen. Auch diese Vergleichswertung habe zu dem Ergebnis geführt, dass die Bg das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe (Bl. 629 bis 633 und 668 bis 672 der Vergabeakte).

Die Ag habe die Zuschlagskriterien nicht aufgrund der telefonischen Aussage des Herrn B. geändert. Eine verbindliche Bietermitteilung über eine Erweiterung der Zuschlagskriterien hätte schriftlich und gegenüber allen Bietern erfolgen müssen. Herr B., auf dessen telefonische Auskunft sich die ASt diesbezüglich berufe, sei zudem nicht bei der Vergabestelle der Ag tätig, sondern gehöre dem Kompetenzzentrum Baumanagement [...] an, für das die ausgeschriebenen Leistungen beschafft werden sollten und das die Ausschreibung in fachlich/technischer Hinsicht vorbereitet und begleitet habe. Für die Durchführung der Vergabe seien die Mitarbeiter der Vergabestelle zuständig, hierunter Herr S. für die Beantwortung von Bieterfragen.

Die Einschätzung der ASt, dass die Bg die Variante A gar nicht umsetzen könne, treffe nicht zu. Bereits gemäß den Vergabeunterlagen stehe dem späteren Auftragnehmer eine Gebäudefläche von 120 qm und eine Freifläche von 60 qm zu. Dass sie weitere Flächen benötige, habe die Bg bislang nicht geltend gemacht. Zusätzlicher Platz müsse also nicht geschaffen werden, ein Konzept zur Flächenerweiterung sei nicht in Planung. Der Abriss des Gebäudes 10 sei ebenfalls nicht geplant; dieses Gebäude sei immer noch als neue Heizzentrale vorgesehen. Die von der ASt vorgelegten anderslautenden E-Mails und Protokolle beruhten auf Planungen, die inzwischen wieder eingestellt worden seien. Vertreter der Ag kommunizierten in vielen Zusammenhängen mit der ASt, weil diese derzeit die Wärmeversorgung durchführe. Die Ag könne die vorgesehenen Freiflächen zur Lagerung der Holzhackschnitzel auch weiterhin zur Verfügung stellen. Zwar werde tatsächlich an der Nordseite des Gebäudes 10 inzwischen eine Schrankenanlage erstellt.

Die ursprünglich dort vorgesehene Freifläche sei nun an die Westseite des Gebäudes 10 verlegt worden, eine dort vorhandene elektrische Schaltanlage werde versetzt. Wie die Ag in der mündlichen Verhandlung anhand von Plänen und Fotos zeigt, ist die neue Freifläche an der Westseite genauso groß und von den Außenmassen ebenso (rechteckig) geschnitten wie die ehemalige an der Nordseite vorgesehene Fläche. Die Ag erklärt, dass die für diese Umbaumaßnahme entstehenden Zusatzkosten ebenfalls bereits in der Vergleichsberechnung enthalten seien (unter „Starkstromanlagen“).

Zu den von der Bg nachgereichten Unterlagen trägt die Ag vor, dass sie sich in der Angebotsaufforderung die Nachforderung fehlender Unterlagen vorbehalten habe. Eine solche Nachforderung sei am 22. August 2016 erfolgt, die Bg sei dieser Aufforderung fristgerecht nachgekommen.

c) Durch Beschluss vom 28. September 2016 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen.

Die Bg weist darauf hin, dass die Ag als Zuschlagskriterien eindeutig den Kapitalwert und die CO₂-Emissionen, jedoch keine weitergehenden Kostenpositionen vorgesehen habe. Dies habe die ASt nicht gerügt. Wenn die Ag die Zuschlagskriterien hätte ändern wollen, hätte dies schriftlich oder in Textform jedem Bieter mitgeteilt werden müssen. Zudem seien die Kostenbetrachtungen der ASt allenfalls von geringer Relevanz, weil sie auf Annahmen beruhten und quantitativ nicht bewertbar seien. Umstrukturierungsmaßnahmen wie diese enthielten stets unkalkulierbare Risiken. Zwischen ihr und der Ag habe es keine Absprachen über eine angebliche Erweiterung der Fläche für die Lagerung der Hackschnitzel gegeben.

Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 7. November 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 28. September 2016 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 16. November 2016 einschließlich verlängert.

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, weil die von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht vorliegen (dazu unter 1. und 2.). Weitergehende Akteneinsicht ist der ASt nicht zu gewähren (dazu unter 3.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die ASt ist antragsbefugt i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Durch die Abgabe eines Angebots hat sie ihr Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Außerdem macht sie schlüssig und nachvollziehbar geltend, in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein, weil die Ag die durch die Bezuschlagung der Bg entstehenden Mehrkosten nicht berücksichtigt habe. Anders als die Ag meint, droht der ASt hierdurch auch ein Schaden zu entstehen. Wenn die Ag weitere Kosten zu Lasten der Bg hätte in die Wertung einbeziehen müssen, hätte die ASt zwar hieraus tatsächlich einen Vor- und keinen Nachteil, nämlich bessere Zuschlagschancen aufgrund ihres niedrigeren Preises. Doch darin liegt gerade der „Schaden“ i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB, der sich hier dergestalt manifestiert, dass die Zuschlagschancen der ASt durch den behaupteten Rechtsverstoß – die Ag habe zu Unrecht solche Kosten nicht bewertet – beeinträchtigt wurden (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Die Rüge der ASt, dass die Ag bei der Wertung zu Unrecht nicht sämtliche Mehrkosten berücksichtigt habe, erfolgte vier Tage nach der Mitteilung der Ag gemäß § 134 GWB vom 12. September 2016, dass die ASt nicht den Zuschlag erhalten solle, und damit rechtzeitig (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB). Bis zu dieser Mitteilung war die ASt – so ihr Vortrag – aufgrund der Telefonate mit Herrn B. davon ausgegangen, dass solche Zusatzkosten in die Angebotswertung einfließen. Unter Zugrundelegung dieses Vortrags hat die ASt den gerügten Vergabeverstöß also weder vorher erkannt noch erkennen können und musste die Vorgehensweise der Ag mithin nicht früher beanstanden.

Im Übrigen bestehen gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags keine Bedenken, vor allem hat die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 21. September 2016 die 15-Tage-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, die von der ASt beanstandeten Vergaberechtsverstöße liegen nicht vor. Die Ag hat die Angebote anhand der einschlägigen Zuschlagskriterien bewertet (dazu unter a)), die Ag hat die Vergabebedingungen nicht nachträglich so zugunsten der Bg abgeändert, dass diese erst jetzt ihr Angebot realisieren kann (dazu unter b)), und die Bg ist nicht auszuschließen, weil sie die geforderten Umsatzangaben erst auf entsprechende Nachforderung der Ag hin vorgelegt hat (dazu unter c)).

a) Die Ag hat die Angebote anhand vergaberechtskonformer Zuschlagskriterien bewertet. Denn etwaige Mehrkosten, die ihr nach Auffassung der ASt dadurch entstehen, dass sie die Variante A bezuschlagt, durfte und brauchte die Ag nicht bei der Angebotswertung zu berücksichtigen.

aa) Wie sich aus den Vergabeunterlagen und den Begriffsdefinitionen in den beigefügten Musterverträgen ergab, sollte neben der anhand der CO₂-Emissionen bewerteten Umweltverträglichkeit eines Angebots im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Preis“ nur der „Preis für die Wärmeversorgung“ (aufgeteilt in den Leistungspreis für die Bereitstellung der Wärmeleistung und den Arbeitspreis für die bezogene Wärmemenge) anhand der den Bietern bekannten Berechnungsformeln (aufgrund vorgegebener Indizes ermittelter Barwert) in die Angebotswertung einfließen. Dementsprechend mussten die Bieter nur die mit dem angebotenen Arbeits- und Leistungspreis zusammenhängenden Angaben in die Preisblätter eintragen. Es ging diesbezüglich also nur um den Preis, den der künftige Auftragnehmer von der Ag für die Wärmeversorgung der Liegenschaft verlangt. Von der Berücksichtigung etwaiger Zusatzkosten (insbesondere Umbau- und Umrüstkosten) oder Wertverlusten der zu versorgenden Immobilien war hier nicht die Rede.

Dies war aus maßgeblicher objektiver Sicht eines fachkundigen Bieters (§§ 133, 157 BGB) eindeutig (s. zum Auslegungsmaßstab nur BGH, Urteil vom 15. Januar 2013, X ZR 155/10) und wurde – wie sich aus ihrem Vortrag zur Rechtzeitigkeit ihrer Rüge ergibt – auch von der ASt so verstanden. Die ASt meint aber, dass die in den

Vergabeunterlagen genannten Zuschlagskriterien abgeändert wurden wie ihr Herr B. telefonisch mitgeteilt habe.

- bb) Eine solche nachträgliche Abänderung der Zuschlagskriterien ist nicht erfolgt, insbesondere auch nicht in den angeblichen Telefonaten zwischen Herrn B. und der ASt.

Selbst wenn eine solche Änderung von Herrn B. zugesagt worden sein sollte, fehlt es für die Wirksamkeit dieser neuen Zuschlagskriterien an der vorgeschriebenen Form. Denn gemäß § 127 Abs. 5 GWB ergeben sich die Zuschlagskriterien aus der Bekanntmachung oder – wie hier – aus den Vergabeunterlagen. Dies beruht auf dem Grundsatz der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Gleichbehandlung der Bieter, der verlangt, dass sämtliche Zuschlagskriterien allen Bietern bekannt gegeben werden müssen. Unilaterale fernmündliche Aussagen von einzelnen Mitarbeitern des öffentlichen Auftraggebers gegenüber einem einzelnen Bieter (wie hier angeblich Herr B. in Telefonaten mit der ASt) können daher schon aus diesem Grund ebenso wenig zu einer nachträglichen Änderung der Zuschlagskriterien führen wie die Tatsache, dass die Ag in einer rein internen Vergleichsbetrachtung bestimmte Zusatzkosten (mit demselben Endergebnis, dass die Bg zu bezuschlagen ist) berücksichtigt hat.

- cc) Auch sonst ist es vergaberechtlich nicht geboten, dass die Ag ihr entstehende Mehrkosten oder Wertverluste, wie sie die ASt aufführt, bei der Angebotswertung zu Lasten der Bg berücksichtigt.

Der öffentliche Auftraggeber bestimmt grundsätzlich nicht nur selbst, was er beschafft, sondern – im Rahmen der § 127 GWB, § 58 VgV – auch die Kriterien, anhand denen er bewertet, welches Angebot für ihn das wirtschaftlichste ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 105/11). Wie Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU zeigt (umgesetzt in § 127 GWB, § 58 VgV), steht es dem öffentlichen Auftraggeber hierbei u.a. frei, die Wirtschaftlichkeit eines Angebots anhand seines Preises, der Kosten oder mittels eines Kosten-Nutzen-Ansatzes wie der Lebenszykluskostenrechnung zu bewerten. Anders als die ASt meint, ist die Ag also nicht verpflichtet, stets die aus der Bezuschlagung eines bestimmten Angebots für sie resultierenden Kosten zu berücksichtigen. Vielmehr kann sie sich wie hier auch auf den als Entgelt für die ausgeschriebene Leistung zu zahlenden Preis stützen. Die

Einbeziehung etwaiger Zusatzkosten mag zwar nicht generell vergaberechtswidrig sein, kann aber aus wettbewerblichen Gründen durchaus problematisch sein, wenn hierdurch Vorauftragnehmer begünstigt und dementsprechend andere Bieter diskriminiert werden können.

Etwas anderes folgt auch nicht aus den allgemeinen Grundsätzen der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung und deren Prüfung durch den Bundesrechnungshof (Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG, § 7 BHO), auf die die ASt ihren Vortrag zusätzlich stützt. Diese haushaltsrechtlichen Regelungen sind nicht drittschützend, die ASt kann sich hierauf also nicht im Vergabenachprüfungsverfahren berufen.

Es ist also vergaberechtskonform, dass das Zuschlagskriterium „Preis“ hier nur das Entgelt für die angebotene Wärmeversorgung (samt einer Indizierung über die Vertragslaufzeit) beinhaltet. Zur Anwendung (ausschließlich) der in den Vergabeunterlagen genannten und allen Bietern bekannten Zuschlagskriterien war die Ag aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz verpflichtet (vgl. auch § 127 Abs. 1 S. 2 GWB). Die Ag hätte also vergaberechtswidrig gehandelt, wenn sie ihre Wertungsentscheidung auf andere Zuschlagskriterien gestützt hätte.

Da Vergabeunterlagen objektiv auszulegen und aus Gründen der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens so auch vom öffentlichen Auftraggeber umzusetzen sind (vgl. oben unter aa)), kommt es hier (jedenfalls vergaberechtlich) nicht darauf an, dass die ASt die Zuschlagskriterien anders verstanden und danach ihr Angebot ausgerichtet haben will. Unabhängig davon, ob und was die ASt mit Herrn B. besprochen hat, lässt sich ihren Bieterfragen jedoch entnehmen, dass auch die ASt wusste, an wen (nämlich Herrn S.) und in welcher Form („schriftlich oder textlich“) Bieterfragen zu stellen waren und dass etwaige Änderungen hätten veröffentlicht, also allen Bietern zugänglich gemacht werden müssen, um zu einer rechtswirksamen Änderung der Vergabeunterlagen führen zu können.

- b) Die Ag hat die Vergabebedingungen nicht nachträglich zugunsten der Bg geändert, um dieser die Vertragsausführung zu ermöglichen.

Die ASt trägt hierzu vor, die Ag könne die Fläche für die bei Angebotsvariante A erforderliche Lagerung von Hackschnitzeln inzwischen nicht mehr zur Verfügung stellen

bzw. habe diese Fläche nunmehr an einer anderen Stelle vorgesehen (an der West- anstelle der Nordseite des Gebäudes 10), zudem solle das Gebäude 10 jetzt abgerissen werden. Sie meint, das Angebot der Bg könne mit den ausgeschriebenen Vorgaben gar nicht realisiert werden. Sie selbst habe auf die Angaben der Ag im Vergabeverfahren vertraut und deshalb Variante A nicht angeboten.

Eine vergaberechtswidrige Bevorteilung der Bg bzw. eine Benachteiligung der ASt, die auf ein Angebot zu Variante A verzichtet hat, liegt hier nicht vor:

- Die Vorgaben zum Gebäude 10 wurden seit der Angebotsaufforderung nicht geändert.

In den Vergabeunterlagen war vorgesehen, dass der Auftragnehmer bei Angebotsvariante A am Gebäude 10 ein Heizwerk errichtet, und ihm eine Freifläche im Bereich des Gebäudes 10 als Lagerfläche zur Verfügung gestellt wird. Auf dieser Grundlage haben die Bieter, u.a. die Bg, ihre Angebote erstellt. Was das Gebäude 10 angeht, ist es bei dieser Situation tatsächlich geblieben, es soll nicht abgerissen werden, sondern ist weiter für das Heizwerk vorgesehen. Dass die ASt – vermutlich in ihrer Eigenschaft als derzeitige Fernwärmelieferantin – von anderen Planungen der Ag erfahren hat, ist unerheblich, da die Ausschreibungsgrundlage zu keinem Zeitpunkt geändert wurde und auch nicht geändert werden soll. Zudem darf für die Angebotserstellung und -wertung nur das relevant sein, was allen Bietern bekannt ist, anderenfalls kann kein transparenter und diskriminierungsfreier Bieterwettbewerb stattfinden (s. hierzu bereits oben unter a)bb)).

- Was die Freifläche am Gebäude 10 angeht, so soll diese zwar tatsächlich nachträglich an eine andere Stelle verlegt werden. Abgesehen von der geographischen Lage ändert sich hierdurch jedoch nichts, was angebots- (insbesondere kalkulations-) relevant ist und die Bg als Anbieterin der Variante A nunmehr bevorteilt. Denn wie die Ag in der mündlichen Verhandlung anhand von Planzeichnungen und Fotos belegt hat, bleiben die Abmessungen der zur Verfügung gestellten Fläche unverändert. D.h. das, was die ASt von der Abgabe eines Angebots auf die Variante A abgehalten hat (laut Bieterfrage 22 kann ein Container mit 9m Länge nicht auf der vorgesehenen Fläche abgestellt werden), trifft auch nach den aktuellen Planungen der Ag noch zu. Dass die Bg mit dem Zuschnitt dieser Fläche kein Problem hat, ist nicht auf ein vergaberechtswidriges „Entgegenkommen“ der Ag zurückzuführen.

c) Die Bg wurde zu Recht nicht von der Wertung ausgeschlossen, obwohl sie die gemäß Ziffer III.2.2 der Bekanntmachung geforderten Umsatzangaben erst auf Nachforderung der Ag fristgerecht nachgereicht hat. § 56 Abs. 2 S. 1 VgV lässt die Nachforderung solcher „unternehmensbezogener“, also Eignungsunterlagen zu; das betreffende Angebot ist dann als vollständig zu bewerten. Darauf hat auch die Ag in Ziffer 5 der Angebotsaufforderung hingewiesen. Allerdings hat die Ag unter Ziffer II.a), c) des Informations- und Hinweisblatts festgelegt, dass die in der Anlage „Übersicht Anlagen“ genannten Unterlagen „zwingend“ vorzulegen sind und ein unvollständiges Angebot ausgeschlossen wird. Damit hat die Ag jedoch ihr Nachforderungsermessen nicht – wie jetzt gemäß § 56 Abs. 2 S. 2 VgV erlaubt – im Vorhinein so ausgeübt, dass sie keine Unterlagen nachfordern wird. Denn abgesehen davon, dass in der „Übersicht Anlagen“ die Umsatzangaben nicht aufgeführt und daher von einer etwaigen „Ermessensvorausübung“ nicht erfasst sind, sind die Vergabeunterlagen jedenfalls widersprüchlich: In der Angebotsaufforderung lässt die Ag ohne Weiteres die Nachforderung i.S.d. § 56 Abs. 2 VgV zu, im Informations- und Hinweisblatt schränkt sie diese wieder ein. Solche widersprüchlichen Vorgaben eines öffentlichen Auftraggebers zur Behandlung unvollständiger Angebote dürfen aus Gründen der Transparenz und Nichtdiskriminierung nicht zu Lasten des betreffenden Bieters – hier der Bg – gehen (BGH, Urteil vom 3. April 2012, X ZR 130/10). D.h. die Bg durfte wegen fehlender Umsatzangaben nicht von der Wertung ausgeschlossen werden.

3. Weitergehende Akteneinsicht ist der ASt nicht zu gewähren.

Da die Ag etwaige Zusatzkosten aufgrund der Beuzuschlagung des Angebots der Bg nicht berücksichtigen musste (s.o. unter 2a)), sind die konkreten Punktzahlen, die die Bg und die ASt in den Kriterien „Preis“ und „Umweltverträglichkeit“ erhalten haben, nicht entscheidungserheblich. Da diese Punktwerte in Abhängigkeit zum jeweils anderen Angebot ermittelt wurden, lassen diese zudem weite Rückschlüsse auf den Angebotsinhalt und Preis des Konkurrenzangebots zu, so dass es sich hier um Geschäftsgeheimnisse der Bg handelt, in die die Akteneinsicht grundsätzlich zu versagen ist (§ 165 Abs. 2 GWB).

Dass die Unterlagen, die die Bg auf Nachforderung der Ag nachgereicht hat, ihre Umsatzangaben waren, hat die ASt in der mündlichen Verhandlung erfahren. Ihr Anspruch auf entsprechende Akteneinsicht ist insoweit erledigt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Die ASt hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Bg gestellt, da sie ihren Antrag darauf stützt, dass die Bg nicht den Zuschlag erhalten dürfe und wegen ihres unvollständigen Angebots auszuschließen sei. In einem solchen Fall entspricht es der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Bg aufzuerlegen, weil sich diese aktiv durch eigenen Sachvortrag am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag war notwendig. Durch den Nachprüfungsantrag wurden nicht nur einfach gelagerte, auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen, sondern hierüber hinausgehende nicht einfach gelagerte Rechtsfragen zur Wertung der Angebote und Anwendung bestimmter Zuschlagskriterien (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13).

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