



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 37/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Antragstellerin -

gegen

[...],

- Antragsgegnerin zu 1) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerinnen zu 1) und 2):

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Lieferung von ca. 86 GWh Nutzwärme mit niedrigem Primärenergiefaktor über 20 Jahre für mehrere Mehrfamilienhäuser durch Errichtung und Betrieb eines Wärmeverbundnetzes“, ([...]), hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Rönnau auf die mündliche Verhandlung vom 31. Mai 2016 am 7. Juni 2016 beschlossen:

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin zu 1) machte [...] die beabsichtigte Vergabe „Lieferung von ca. 86 GWh Nutzwärme mit niedrigem Primärenergiefaktor über 20 Jahre für mehrere Mehrfamilienhäuser durch Errichtung und Betrieb eines Wärmeverbundnetzes“ im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU gemeinschaftsweit bekannt. Die Vertragslaufzeit soll am [...] enden.

Die Ag zu 1) und die Ag zu 2), letztere eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der [...], sind Eigentümerinnen von Grundstücken in [...], die mit Mehrfamilienhäusern bebaut sind oder noch bebaut werden sollen. Insbesondere in der Absicht, den gesetzlichen Anforderungen zur Reduzierung des Wärmeenergiebedarfs zu genügen, wollen die Ag ihre jeweiligen Gebäude in einen gemeinsamen Wärmeverbund integrieren. Dazu sollen das Verbundnetz und die zugehörige Energiezentrale durch einen Auftragnehmer gebaut und betrieben werden. Die Leistungen des zu beauftragenden Contractors sollen über den Wärmepreis abgegolten werden.

Mit der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen und der Angebotsauswertung ist das Sachverständigenbüro [...] beauftragt worden. Herr [...] ist Sachverständiger des Vereins AGFW – Der Energieverband für Wärme, Kälte und KWK e.V.. Der Verein hat es sich zur Aufgabe gemacht, den Ausbau von Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) und die energieeffiziente Versorgung mit Wärme und

Kälte zu fördern. Zu diesem Zweck erlässt und veröffentlicht der AGFW u.a. Empfehlungen, Richtlinien und Grundsätze für eine sichere und rationelle Gestaltung der Nah-/Fernwärme-/Kälteerzeugung, -verteilung und –anwendung unter angemessener Beteiligung der Betroffenen (vgl. § 2 Nr. 4 der Satzung des AGFW). Zu den vom AGFW herausgegebenen Dokumenten gehört auch das „Arbeitsblatt AGFW FW 309 Teil 1“ (Stand Mai 2014), das sich mit der energetischen Bewertung von Fernwärme, resp. der Bestimmung der spezifischen Primärenergiefaktoren für Fernwärmeversorgungssysteme, befasst. Die auf der Grundlage des Arbeitsblatts ermittelten Kennwerte stellen die Grundlage der Optimierungs- und Nachweisrechnungen zur Bestimmung des nach der Energieeinsparverordnung maximal zulässigen Jahres-Primärenergiebedarfs dar. Die Primärenergiefaktoren decken sämtliche Aufwendungen und Verluste ab, die im Zusammenhang mit der Gewinnung, Aufbereitung, Speicherung, Transport, Verteilung und Übergabe der Brennstoffe an die belieferten Gebäude stehen. Maßgeblich beeinflusst werden die Primärenergiefaktoren u.a. durch den Erzeugungspark mit seiner spezifischen Anlagentechnik und den entsprechenden Wirkungs-/Nutzungsgraden sowie dem eingesetzten Brennstoff-Mix.

Der Leistungsbeschreibung (LB) lässt sich, soweit vorliegend von Interesse, entnehmen:

Zuschlagskriterien sind der Preis (Gewichtung: 80 %) und, als qualitatives Kriterium, die primärenergetische Qualität der Nutzwärme, welche mit einer Gewichtung von 20 % in die Wertung eingeht.

Der zu bewertende Preis ist gem. Ziff. 2.8.2 der LB der Barwert der Wärmepreise über die gesamte Laufzeit, bezogen auf die für alle Bieter nach Ziff. 3.2.3 LB i.V.m. Anhang 3-2 (Zeitreihe 1. bis 20. Abrechnungsjahr der Objekte im Wärmeverbund) festgelegten Referenzwerte für die pro Jahr bezogene Nutzenergie und die angeschlossenen Hausstationen. In die Ermittlung des Wertungspreises gehen der Jahresgrundpreis, der Arbeitspreis, der Messpreis und die Summe der Baukostenzuschüsse ein (vgl. im Einzelnen Ziff. 2.8.2 LB). Anhang 3-2 enthält für jedes einzelne Hausobjekt auf Jahresbasis (Abrechnungsjahr) Abnahmeprognosen für die Heizung und die Warmwasserversorgung. Aus den von den Bietern der Kalkulation zugrunde zulegenden Zeitreihen des Anhangs 3-2 ergibt sich, dass die Gebäude F-01 und F13a noch nicht ab dem ersten Abrechnungsjahr bei der Berechnung des Jahres-Wärmesummenpreises zu berücksichtigen sind, wohingegen das Gebäude F-06 bereits ab dem ersten Abrechnungsjahr berücksichtigt werden soll.

Hinsichtlich der Wertung der primärenergetischen Qualität ergibt sich aus Ziff. 2.8.3 der LB:

„Die primärenergetische Qualität der angebotenen Wärme ist durch den Bieter nach den Regeln der AGFW FW309-1:2014-05 (Berechnung auf Basis von Planwerten, Formel 2) als dimensionsloser Primärenergiefaktor $f_{p,FW}$ zu ermitteln. Der Bieter gibt seinen Planwert prüffähig im Rahmen seines technischen Konzeptes an. Näheres hierzu regelt Abschnitt 6.3. Für die Angebotswertung wird der Primärenergiefaktor $f_{p,FW}$ wie folgt in eine Punktskala normiert:

Ausgeschlossen wird aufgrund der fehlenden Mindestqualität ein Angebot mit $f_{p,FW} > 0,7$.

Ein fehlender Nachweis führt ebenso zum Ausschluss des Angebots.

10 Punkte erhält das wertbare Angebot des Bieters mit dem niedrigsten geprüften Primärenergiefaktor.

Alle wertbaren Angebote der Bieter i mit darüber liegendem Wertungspreiserhalten im Verhältnis dazu weniger Punkte nach folgender Berechnungsformel, gerundet auf drei Stellen nach dem Komma:

$$P2i = (f_{p,FW,min} : f_{p,FW,i}) \times 10."$$

Wie sich aus Ziff. 6.3 LB ergibt, ist ein nachvollziehbarer Nachweis des Primärenergiefaktors im Wärmenetz gem. AGFW FW309-1:2014-05, Abschnitt 3.3 (Berechnung auf Basis von Planwerten, Formel 2) dem Angebot beizufügen. Der Nachweis ist entweder auf Basis eines Testats eines gem. AGFW-FW 609 zugelassenen fp-Gutachters zu erbringen, oder auf Basis einer eigenen Berechnungstabelle, die als Protokollausdruck mit allen verwendeten Formeln dem Angebot beigefügt werden soll.

Aus dem Angebotsaufforderungsschreiben der Ag vom 15. Januar 2016 (dort Ziff. 18.1 – Wertungskriterien) geht ferner hervor, dass

„...nur solche Angebote in der Wertung berücksichtigt werden, deren Barwert unterhalb des Schwellenwertes (7,8 Mio. € netto – Gesamtwert der Wärmelieferung über den Vertragszeitraum unter den Wertungsannahmen aus Abschnitt 2.8 der Leistungsbeschreibung plus Summe der Baukostenzuschüsse) liegt und einen geprüften Primärenergiefaktor $f_{pw} \leq 0,7$ aufweist.“

Die Antragstellerin (ASt) unterhält in räumlicher Nähe zu dem streitgegenständlichen Areal eine Heizzentrale, die mit einem Biomethan-Blockheizkraftwerk betrieben wird.

Die ASt und die Beigeladene (Bg) beteiligten sich an der Ausschreibung durch die Abgabe von Angeboten. Nach der vorliegenden Wertung weist das Angebot der ASt zwar den niedrigsten Primärenergiefaktor aller Angebote auf, liegt aber in preislicher Hinsicht auf Rang drei.

Die Ag informierten die ASt mit Schreiben vom 28. April 2016 gem. § 101 a GWB a.F. darüber, dass deren Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Stattdessen sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Die ASt erbat von den Ag mit einer E-Mail vom 2. Mai 2016 nähere Informationen zu der Wertungsentscheidung,

insbesondere zur Punktzahl der Erstplatzierten und zu den Vorzügen deren Angebots im Vergleich zum eigenen. In einem Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 4. Mai 2016 teilte die ASt ergänzend mit, die in dem Informationsschreiben gegebene Begründung sei unzureichend, daher sei es ihr nicht möglich, die Rechtmäßigkeit der Wertungsentscheidung zu überprüfen. Die ASt brachte ihre Verwunderung darüber zum Ausdruck, dass offensichtlich nicht sie – aufgrund der in der Nähe befindlichen eigenen Energiezentrale – das kostengünstigste Angebot abgegeben habe, sondern die Bg. Die Ag reagierten hierauf mit Schreiben vom 4. Mai 2016 und gaben der ASt einige ergänzende Informationen zur Wertung von deren Angebot, das insgesamt die zweithöchste Gesamtwertungspunktzahl aller vier Mitbewerber erhalten habe.

Während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens haben die Ag für alle Bieter die Wertung des Jahreswärmepreises für drei Gebäude (F-01, F13a sowie F06) wiederholt und die Ergebnisse mit Schriftsatz vom 27. Mai 2016 (vgl. S. 6 ff. und Anlagen) in das Verfahren eingeführt. Die Ag haben damit auf die Ausführungen der ASt in deren Schriftsatz vom 24. Mai 2016 reagiert, in der die ASt - nach erfolgter Akteneinsicht - moniert hatte, dass die preisbezogene Wertung ihres Angebots (Bl. 448 der Vergabeakte) hinsichtlich dieser drei Gebäude fehlerhaft gewesen sei, weil der Wertung von Anhang 3-2 LB abweichende Zeitreihen zugrunde gelegt worden seien. In ihrem Schriftsatz vom 27. Mai 2016 gestanden die Ag das auf einem Übertragungsfehler beruhende Versehen ein. Die Ag erklärten, dass von dem Fehler auch die Angebote der anderen Bieter betroffen gewesen seien. Die Neuwertung aller Angebote habe aber ergeben, dass die Bieterreihenfolge unverändert bleibe.

2. Mit einem am 9. Mai 2016 per Fax bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.
 - a) Die ASt stützte ihren Nachprüfungsantrag zunächst darauf, dass das Informationsschreiben nicht den sich aus § 101a GWB a.F. ergebenden Anforderungen genügt habe. Außerdem äußerte die ASt die Vermutung, die Ag habe möglicherweise die Erlöse aus der Anmietung von Räumlichkeiten für die Energiezentrale im Rahmen der Wertung berücksichtigt, was den Bietern nicht bekannt gemacht worden sei. Diesen Vortrag verfolgt die ASt nach erfolgter Akteneinsicht und den Klarstellungen der Ag in deren Schriftsatz von 17. Mai 2016 nicht weiter.

Nunmehr stützt die ASt ihren Vorwurf, die Ag hätten nicht bekanntgemachte Zuschlagskriterien angewendet, darauf, dass der von den Ag mit der Angebotsauswertung beauftragte Sachverständige bei den Gebäuden F-01, F-13a und F-06 im Rahmen der preislichen Wertung Zeitreihen zugrunde gelegt habe, die teilweise nicht mit Anhang 3-2 übereinstimmten. Folge davon

sei, dass für den ersten Abrechnungszeitraum eine höhere Anschlussleistung in kW sowie eine größere Wärmemenge in MWh/a zur Bestimmung des Jahres-Wärmesummenpreises herangezogen worden sei.

Erstmals im Schriftsatz vom 24. Mai 2016 äußert die ASt Zweifel daran, dass bei dem Angebot der Bg der Primärenergiefaktor korrekt ermittelt worden sei. Beabsichtige die Bg, das Blockheizkraftwerk auf Erdgasbasis zu betreiben, seien dem erreichbaren Primärenergiefaktor technische Grenzen gesetzt. Sollte die Bg das Blockheizkraftwerk auf Biomethanbasis betreiben wollen, sei zwar ein niedrigerer Primärenergiefaktor technisch realisierbar, allerdings zu einem deutlich höheren Preis. Da nach der vorliegenden Wertung das Angebot der Bg das preisgünstigste sei, stelle sich die weitere Frage, ob deren Angebot nach § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A a. F. auszuschließen sei.

Die ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren wegen Verstoßes gegen Vergabevorschriften bei der Ausschreibung der Ag zur Vergabe des Auftrags der Lieferung von Nutzwärme für Mehrfamilienhäuser [...] einzuleiten,
2. den Ag zu untersagen, das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen,
3. der ASt Akteneinsicht zu gewähren,
4. den Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der ASt aufzuerlegen,
5. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragen,

1. der ASt die Einsicht in die Vergabeakte zu versagen,
2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
3. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen,

4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag notwendig war.

Die Ag meinen, die ASt habe ihren Rügeobliegenheiten nicht genügt, so dass der Nachprüfungsantrag, soweit dieser sich gegen die Wertung richte, unzulässig sei. Die ASt sei umfassend über die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebots unterrichtet worden. In dem Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 4. Mai 2016 habe die ASt sich darauf beschränkt, weitere Erläuterungen zum Wertungsergebnis anzufordern. Eine Fehlerhaftigkeit des Wertungsvorgangs habe die ASt in diesem Schreiben jedoch nicht geltend gemacht.

Ungeachtet dessen sei der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet.

Zwar sei die Wertung des Preises, worauf die ASt in ihrem Schriftsatz vom 24. Mai 2016 aufmerksam gemacht habe, in Bezug auf die Gebäude F-01, F-13a und F-06 fehlerbehaftet gewesen. Dieser Fehler sei aber zwischenzeitlich bei allen Angeboten korrigiert worden. Die Neuwertung habe ergeben, dass die Bieterreihenfolge unverändert bleibe. Die ASt sei daher nicht (mehr) in ihren Rechten verletzt.

Entgegen der Auffassung der ASt sei der Primärenergiefaktor des Angebots der Bg korrekt ermittelt worden. Die Bg habe auch den geforderten Nachweis erbracht. Das von den Ag beauftragte Sachverständigenbüro habe die Plausibilität der Angaben bestätigt. Da keine Zweifel an der Richtigkeit der Angaben bestanden hätten, seien die Ag zu einer weiteren Aufklärung nicht verpflichtet gewesen.

Nicht beizutreten sei der Auffassung der ASt, das Angebot der Bg sei möglicherweise nach § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A a.F. auszuschließen. Die Ag hätten die Angemessenheit des Angebotspreises der Bg überprüft.

- c) Die mit Beschluss vom 10. Mai 2016 zum Verfahren hinzugezogene Bg schließt sich der Auffassung der Ag an, dass der Nachprüfungsantrag mangels Rügeerhebung teilweise gem. § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB a. F. unzulässig sei. Die ASt habe weder die Angebotswertung noch den – angeblich – unzutreffend ermittelten Primärenergiefaktor des Angebots der Bg zum Gegenstand einer Rüge gemacht.

Der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls als unbegründet zurückzuweisen. Soweit die ASt nach erfolgter Akteneinsicht geltend mache, der von den Ag eingeschaltete Sachverständige habe

andere als die in Anhang 3-2 bekanntgemachten Zeitreihen der Wertung zugrunde gelegt, erwachse der ASt hieraus kein Nachteil. Der Fehler, von dem im Übrigen auch das Angebot der Bg in gleicher Weise betroffen gewesen sei, sei zwischenzeitlich korrigiert worden.

Der ASt und der Bg ist antragsgemäß Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB a.F.) gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung am 31. Mai 2016 hatten die Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Ausweislich des Protokolls zur mündlichen Verhandlung wurde die ASt von der Vergabekammer darauf hingewiesen, dass die Neuwertung aller Angebote unter Zugrundelegung der bekannt gemachten Zeiträume durch die Ag als Abhilfe zu werten sei und die Frage nach einer partiellen Erledigungserklärung im Raum stünde. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der überwiegend zulässige Nachprüfungsantrag ist als unbegründet zurückzuweisen.

Da das Vergabeverfahren vor dem 18. April 2016 begonnen wurde, ist nach Art. 1, § 186 Abs. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17. Februar 2016 (BGBl. I, S. 203, 230) nicht nur für das Vergabeverfahren, sondern auch für das sich daran anschließende Nachprüfungsverfahren das Recht anwendbar, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens galt. Anwendbar ist somit das GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 258 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474).

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist überwiegend gegeben.
 - a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist eröffnet. Dem steht nicht entgegen, dass an dem Vergabeverfahren beteiligt sind mehrere Auftraggeber: Die Ag zu 1) ist ein dem Bund zuzurechnender Auftraggeber im Sinne des § 106a Abs. 1 Nr. 1 lit. a) GWB a.F.. Die in der Rechtsform der GmbH geführte Ag zu 2) ist ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der [...]. Bei kommunalen Auftraggebern bestimmt sich die Zuständigkeit der Vergabekammer nach dem Sitz des Auftraggebers, § 106a Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. Zuständige Vergabekammer wäre daher insoweit die Vergabekammer des Landes [...]. Für Vergabeverfahren, an denen sowohl der Bund

als auch ein Bundesland beteiligt sind, findet sich in § 106a GWB a.F. keine explizite Regelung, welche die Zuweisung der Zuständigkeit an die Vergabekammer des Bundes oder die Vergabekammer des Landes abschließend regeln würde. § 106a Abs. 3 Satz 2 GWB a.F., wonach bei länderübergreifenden Beschaffungen die Auftraggeber in der Bekanntmachung die zuständige Vergabekammer benennen können, ist vorliegend - in Ermangelung einer länderübergreifenden Beschaffung - schon in tatbestandlicher Hinsicht nicht einschlägig. Nach der Rechtsprechung hat ein Antragsteller im Falle paralleler Zuständigkeiten von Bundes- und Landesvergabekammer ein Wahlrecht analog § 35 ZPO. (Brauer in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. (2013), § 106a GWB a.F., Rn. 13). Dieses Zuständigkeitswahlrecht hat die ASt mit der Anrufung der erkennenden Vergabekammer in zulässiger Weise ausgeübt.

b) Die Antragsbefugnis der ASt ist gegeben (§ 107 Abs. 2 GWB a.F.).

Ihr bestehendes Interesse am Auftrag (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F.) hat die ASt durch Angebotsabgabe hinreichend kundgetan. Eine Verletzung in bieter eigenen Rechten macht die ASt geltend, indem sie vorträgt, der Primärenergiefaktor des Angebots der Bg sei fehlerhaft ermittelt worden. Die Richtigkeit ihres Vortrags unterstellt, kann der ASt hierdurch die Entstehung eines Schadens drohen, weil ein höherer als der von den Ag ermittelte Primärenergiefaktor dazu führen kann, dass das Angebot der Bg mit einer geringeren Punktzahl zu bewerten wäre. Dadurch könnten sich die Zuschlagschancen der ASt verbessern.

c) Die ASt hat den sich aus § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. ergebenden Rügeobliegenheiten genügt.

Eine Rügepräklusion kann vorliegend allenfalls aufgrund von § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F. gegeben sein. Eine Anwendung von § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB a.F. kommt nicht in Betracht, weil sich die von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße weder aus der Bekanntmachung noch aus den Vergabeunterlagen ergeben, sondern die Angebotswertung zum Gegenstand haben.

Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F. ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht gerügt hat. Eine Rügeobliegenheit besteht dann, wenn der Antragsteller eine zweifache - vom Antragsgegner im Falle des Bestreitens nachzuweisende - positive Kenntnis hat: Zum einen eine Kenntnis der den Vergaberechtsverstoß begründenden Tatsachen, zum anderen eine – zumindest laienhafte – rechtliche Einschätzung, es liege ein Vergaberechtsverstoß vor.

(1) Kenntnis von der fehlerhaften Berechnung des Wertungspreises bzgl. der Gebäude F-01, F-13a und F-06 erlangte die ASt aufgrund der Akteneinsicht. Vergabeverstöße, von denen ein Antragsteller erst während des laufenden Nachprüfungsverfahrens Kenntnis erlangt, vermögen keine Rügeobliegenheit auszulösen. Denn der eigentliche Sinn und Zweck der Rügeerhebung, der Vergabestelle die Gelegenheit zu geben, ihre Vergabeentscheidung zu überprüfen und ggf. zu korrigieren, um die Einleitung eines zeitaufwendigen Nachprüfungsverfahrens zu vermeiden, kann nicht mehr erreicht werden.

(2) Eine tatsächliche Kenntnis, ob die Ag den Primärenergiefaktor des Angebots der Bg richtig ermittelt haben, hat die ASt nicht. Eine solche Kenntnis verbietet sich, weil es sich insoweit um ein Geschäftsgeheimnis der Bg handelt (§ 111 Abs. 2 GWB a.F.). In ihrem anwaltlichen Schreiben vom 4. Mai 2016 hat die ASt Zweifel zum Ausdruck gebracht, ob das Angebot der Bg zu Recht ihrem eigenen Angebot vorgezogen worden ist. Als Anhaltspunkt für diese Einschätzung führte die ASt an, dass das von ihr vor Ort betriebene Biomethan-Blockheizkraftwerk einen überdurchschnittlich niedrigen Primärenergiefaktor aufweist, so dass es einem Wettbewerber kaum möglich sei, einen vergleichbar niedrigen Primärenergiefaktor anzubieten. Damit hat die ASt plausibel gemacht, welche Erwägungen sie dazu bewogen haben, Zweifel an der Vergabeentscheidung zugunsten der Bg zu äußern. Den Ag ist zwar zuzugeben, dass die ASt das Schreiben vom 4. Mai 2016 nicht ausdrücklich als Rüge bezeichnet hat. Dies war aber unschädlich. Denn aus den Umständen, insbesondere der Ankündigung der ASt im letzten Absatz, ggf. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, war für die Ag erkennbar, dass die ASt die Wertung des Angebots der Bg zum Gegenstand einer Rüge machen wollen.

d) Die Rechtsbehelfsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. ist gewahrt. Nachdem die Ag es in dem Erwidernsschreiben vom 4. Mai 2016 abgelehnt haben, dem Rügevorbringen abzu- helfen, stellte die ASt durch Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 9. Mai 2016 den Nachprüfungsantrag.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

a) Die Wertung der Angebotspreise für die Gebäude F-01, F-13a und F-06 ist aufgrund der im laufenden Nachprüfungsverfahren erfolgten Korrektur nicht mehr zu beanstanden.

Die Wertung der Angebotspreise war zunächst fehlerhaft, weil die Ag bei drei Gebäuden (F-01, F-13a und F-06) nicht die in Anhang 3-2 bekanntgemachten Zeitreihen zugrunde gelegt hatten. Kenntnis hiervon hatte die ASt im Rahmen der Akteneinsicht erlangt. Nachdem die ASt hierauf in ihrem Schriftsatz vom 24. Mai 2016 hingewiesen hatte, haben die Ag die diesbezügliche Wertung der Preise aller Angebote mit dem Ergebnis wiederholt, dass die Wertungsreihenfolge unverändert bleibt.

Zu einer Überprüfung und Korrektur der eigenen Wertungsentscheidung auch während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens waren die Ag befugt. Denn aus Gründen der Verfahrensökonomie muss es dem öffentlichen Auftraggeber möglich sein, einen erkannten Wertungsfehler zu korrigieren.

Durch die Überprüfung und Korrektur der Wertung haben die Ag dem Begehren der ASt entsprochen, es liegt eine Abhilfe vor. Die ASt hat jedoch trotz ausdrücklichen Hinweises der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung davon abgesehen, hier eine Erledigung zu erklären, so dass es einer Sachentscheidung dahin bedarf, dass ein Vergabefehler insoweit nicht mehr vorliegt. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

- b) Nicht begründet ist der Nachprüfungsantrag, soweit die ASt mit Schriftsatz vom 24. Mai 2016 (vgl. Seite 8, letzter Absatz) vorträgt, das Angebot der Bg sei nach § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A a.F. auszuschließen, falls das Angebot der Bg ein Blockheizkraftwerk auf Biomethan-Basis vorsehen sollte. Die Vorschrift des § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A a.F. sieht vor, dass auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, der Zuschlag nicht erteilt werden darf. Nach herrschender Meinung dient die Vorschrift in erster Linie bereits ausschließlich dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers (Dicks in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. 2014, § 19 EG a.F., Rn 231, 245). Dieser soll davor geschützt werden, dass der Auftrag an ein Unternehmen erteilt wird, das infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten leistungsunfähig wird oder schlecht leistet. Eine bieterschützende Wirkung der Vorschrift erkennt die Rechtsprechung nur ganz ausnahmsweise an. Eine drittschützende Wirkung wird v.a. in denjenigen Fällen erwogen, in denen ein Unterkostenangebot in einer zielgerichteten Marktverdrängungsabsicht abgegeben wurde (Dicks, a.a.O., § 19 EG a.F., Rn. 245, 246). Für das Vorliegen einer Marktverdrängungsabsicht hat die ASt jedoch weder etwas vorgetragen noch ist hierfür sonst etwas ersichtlich, so dass bereits fraglich ist, ob ein Verstoß gegen die Bestimmung hier überhaupt geeignet sein könnte, eine Rechtsverletzung der ASt zu begründen.

Unabhängig von diesen Überlegungen haben die Ag den Angebotspreis der Bg in der Sache geprüft und mit zutreffenden Erwägungen nicht beanstandet (Vergabevermerk – Teil 2, v. 28. April 2016, Bl. 14, 15 der Vergabeakte). Der Preisabstand im Angebot der Bg liegt unter dem allgemein als Interventionsschwelle für den Auftraggeber angesehenen 10 %- Abstand zum nächstplatzierten Angebot (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2012 – Verg 11/12), so dass schon tatbestandlich kein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt.

- c) Entgegen der Auffassung der ASt haben die Ag den Primärenergiefaktor der Bg zutreffend ermittelt.

Das Grundanliegen der ASt, das sie in der mündlichen Verhandlung in diesem Zusammenhang zum Ausdruck brachte, nämlich die Befürchtung, dass ein Bieter – hier die Bg – ein Angebot abgeben könnte auf der Basis von Zahlen, die sich später bei Umsetzung des Vorhabens in der vertraglichen Ausführungsphase als unrealistisch erweisen, ist ganz generell und losgelöst vom vorliegenden Fall durchaus berechtigt. Das Vergaberecht dient nämlich auch dem Zweck, sicherzustellen, dass das Angebot den Zuschlag erhält, das nicht nur auf dem Papier das wirtschaftlichste ist. Es soll vielmehr das Angebot den Zuschlag erhalten, das von vornherein auch realistisch kalkuliert ist und sich in der Umsetzungsphase auch ohne Nachträge etc. als tragfähig erweist. So könnte ein Angebot nicht als das wirtschaftlichste angesehen werden, wenn es erkennbar auf unzutreffenden oder unrealistischen Annahmen basiert. Davon kann hier aber nicht ausgegangen werden, da die Ag alle Angebote von einem kompetenten und sachverständigen Gutachter haben prüfen und gegenrechnen lassen. Es ist kein belastbarer Anhaltspunkt seitens der ASt vorgebracht worden, der Zweifel an der Richtigkeit der Einschätzung der Ag, die auf den Überprüfungen des Sachverständigen beruhen, erweckt:

Aus Ziff. 2.8.3 der LB geht hervor, dass die primärenergetische Qualität der angebotenen Wärme durch den Bieter nach den Regeln der AGFW FW309-1:2014-05 zu ermitteln ist. Der Bieter hat den Planwert im Rahmen seines technischen Konzeptes anzugeben. Wie sich aus Ziff. 6.3 LB ergibt, ist ein nachvollziehbarer Nachweis des Primärenergiefaktors im Wärmenetz gem. AGFW FW309-1:2014-05, Abschnitt 3.3 (Berechnung auf Basis von Planwerten, Formel 2) dem Angebot beizufügen. Entweder auf Basis eines Testats eines gem. AGFW-FW 609 zugelassenen fp-Gutachters, oder aber auf Basis einer eigenen Berechnungstabelle, die mit allen verwendeten Formeln dem Angebot beizufügen ist. Als Anhang 6-1 der LB beigefügt

befand sich in den Vergabeunterlagen auch eine XLS-Tabelle zur vereinfachten Ermittlung des f_p -Wertes.

Die Bg hat auf eine entsprechende Nachforderung der Ag hin innerhalb der ihr gesetzten Frist den Nachweis des Primärenergiefaktors erbracht (Bl. 399, 400 der Vergabeakte). Der von ihr nachgewiesene Primärenergiefaktor f_p ist kleiner als 0,7, erfüllt daher die Mindestvorgaben der Ag.

Die Ag hat die Angaben der Bg durch das von ihr hiermit beauftragte Sachverständigenbüro [...] verifizieren lassen. Herr [...] ist ein vom AGFW geprüfter und zugelassener Gutachter, der Bescheinigungen über die energetische Bewertung der Fernwärme nach AGFW FW-309-1 ausstellen darf. Herr [...] erläuterte in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer, nicht nur den in dem Nachweis dargelegten Rechenweg der Bg mathematisch nachvollzogen zu haben, sondern auch im Rahmen einer Simulation überprüft zu haben, ob die von der Bg angebotene Anlagenkonfiguration die angegebenen Werte erreichen könne. Den nachvollziehbaren Ausführungen des Herrn [...] zufolge waren die von der Bg gemachten Angaben plausibel und nicht zu beanstanden.

Die von der ASt hiergegen geäußerten Bedenken vermögen nicht zu überzeugen. Nach Auffassung der ASt könne das Angebot der Bg im Rahmen der Gesamtwertung nur dann vor dem eigenen Angebot liegen, wenn deren Primärenergiefaktor f_p kleiner als 0,28 sei (Schriftsatz vom 24. Mai 2016, S. 6). Technisch realisierbar sei ein Primärenergiefaktor f_p von kleiner als 0,28, wenn die von der Bg angebotene Heizzentrale auf Basis von Biomethangas betrieben werden solle; allerdings sei eine Biomethangas-Anlage sehr kostenintensiv. Habe die Bg hingegen eine Heizzentrale auf Basis von Erdgas angeboten, sei ein Primärenergiefaktor f_p von kleiner als 0,28 technisch nicht machbar.

Herr [...] hat in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen ausgeführt, dass nach seiner Kenntnis eine in Rendsburg errichtete, mit Erdgas betriebene Anlage mit einem hohen KWK-Anteil, einen Primärenergiefaktor f_p von 0,0 hat. Selbst wenn zugunsten der ASt unterstellt wird, dass der von der Anlage in Rendsburg erreichte Primärenergiefaktor aufgrund von lokalen Besonderheiten in [...] nicht erreichbar sein sollte, steht fest, dass auch eine auf Erdgas-Basis betriebene Heizzentrale einen Primärenergiefaktor f_p von kleiner als 0,28 erreichen kann.

Im Ergebnis bleibt somit dem Nachprüfungsantrag der Erfolg versagt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB a.F..

Die ASt als Unterliegende hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) zu tragen.

Die Kosten sind auch nicht ganz oder teilweise den Ag nach § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB a.F. aufzuerlegen. Nach dieser Vorschrift ist es zulässig, Kosten, die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, diesem aufzuerlegen. Wie vorstehend unter II. 2.a) ausgeführt, war die Ermittlung des Wertungspreises teilweise fehlerhaft. Dieser Fehler ist erst im Rahmen der Akteneinsicht durch die ASt entdeckt worden, d.h. zu einem Zeitpunkt, als das Nachprüfungsverfahren bereits anhängig war. Die Ag haben den Schriftsatz der ASt vom 24. Mai 2016 zum Anlass genommen, die Wertung zu korrigieren. Durch diese Vorgehensweise der Ag sind Verfahrenskosten, die von der Ag schuldhaft verursacht worden wären, nicht entstanden.

Die ASt hat des Weiteren die der Ag und der Bg zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen zu erstatten (§ 128 Abs. 4 GWB a.F.). Es entspricht der Billigkeit, der ASt auch die Aufwendungen der Bg aufzuerlegen, weil die ASt mit ihrem Vorbringen einen Interessengegensatz zur Bg begründet hat und die Bg sich durch schriftsätzlichen und mündlichen Vortrag am Verfahren aktiv beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag und die Bg war aufgrund der Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen jeweils notwendig.

IV.

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

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die 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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Dr. Herlemann

Thiele