



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 15/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin zu 1) -

[...]

- Antragsgegnerin zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerinnen zu 1)
und zu 2):

[...]

wegen der Vergabe „Erneuerung [...] – Erstellung Fundamente und Fundamentbalken, Bahnsteige, Gleisbau, Kabelverlegearbeiten, BE-Fläche und BE für alle Gewerke, Koordinierungspflicht mit Erfolg für alle Gewerke (VP 2)“, Auftragsnummer: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und dem ehrenamtlichen Beisitzer Zimmermanns auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 2017 am 14. März 2017 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 Antragsgegnerinnen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerinnen (Ag) schrieben am [...] 2016 im Supplement zum Amtsblatt der EU die Vergabe „Erneuerung [...] – Erstellung Fundamente und Fundamentbalken, Bahnsteige, Gleisbau, Kabelverlegearbeiten, BE-Fläche und BE für alle Gewerke, Koordinierungspflicht mit Erfolg für alle Gewerke (VP 2)“ im Wege eines offenen Verfahrens europaweit aus. Das Bauvorhaben, das im Vergabepaket 2 (VP2) vergeben wird, stellt einen Teil der aus insgesamt 20 Vergabepaketen bestehenden Gesamtmaßnahme zur Erneuerung des Hauptbahnhofs [...] dar.

Das Leistungsverzeichnis hat auszugsweise folgenden Inhalt:

Bauphase I

01.03. Baustellenlogistik für diese Bauphase

Der Bauunternehmer ist für die Durchführung und Koordinierung der Baustellenlogistik über alle Bauphasen hinweg verantwortlich.

(...)

Für die Positionen 01.03.0010/01.03.0011, 01.03.0018/01.03.0019 sowie 01.03.0020/01.03.0021 ist jeweils ein Gesamtpreis zu kalkulieren. Der Gesamtpreis ist dann im dort genannten Verhältnis aufzuteilen auf einen Anteil [...] und einen Anteil [...]

01.03.0010 *Leitbeschreibung**

STLB-Bau: 10/2015 097

Baustellenlogistik heran- abführen Baumaschinen Personal

Baustellenlogistik,

Heran- und abführen von Baumaschinen und Personal, Transport von Abfällen und Stoffen, zwischen Übergabe-/Güterverkehrsstelle und Einbaustelle, Montage-/Demontageplatz und Verwendungsstelle einschl.

Transportmittel (Wagen und Triebfahrzeug mit Betriebsstoffen), und Personal einschl. Rangierbegleiter und Triebfahrzeugführer (Tf),
einschl. Telekommunikationsmöglichkeiten für Beteiligte, Gestellen aller Transportmittel einschl. Fahrpläne und Überwachung des Zuglaufs von Material, Transportmittel und schienengebundenen Maschinen, Vorbereiten, Erstellen und Aktualisieren des Betriebsablaufplanes einschl. aller erforderlichen Einsatzpläne, Veranlassen und Überwachen der Abfuhr aller schienengebundenen Transportmittel und Maschinen.

1,000 psch

.....

***Unterbeschreibung 01

Logistikkonzept

Logistikkonzept für die gesamte Baumaßnahme und auch für den Einsatz von gleisgebundenen Maschinen. Der Tarifpunkt ist selbstständig durch den AN zu organisieren und wird nicht durch den AG bereitgestellt. Die sich daraus ergebenden Transportzeiten sind zu berücksichtigen und einzukalkulieren. Erstellung von Fahrplänen, Einholen von Zugnummern, Verfolgung der Zugläufe für die Ver- und Entsorgung und tägliche Abstimmungen mit den betreffenden Betriebsstellen der [...].

Erstellung der Baubetriebstechnologie einschl. mehrmaliger Fortschreibung während der Maßnahme

Längstransporte in der Baustelle und Rangierarbeiten gehören zur Leistung einschl. Transportkosten und alle anfallenden Trassennutzungsgebühren.

Eingeschlossen sind die Anmeldungen für die Betriebs- und Bauanweisungen und die Fahrpläne

Hier Anteil der [...](90% der Gesamtsumme)

1,000 psch

01.03.0011 ***Leitbeschreibung

STLB-Bau: 10/2015 097

Baustellenlogistik heran- abführen Baumaschinen Personal

Baustellenlogistik,

Heran- und abführen von Baumaschinen und Personal, Transport von Abfällen und Stoffen, zwischen Übergabe-/Güterverkehrsstelle und Einbaustelle, Montage-/Demontageplatz und Verwendungsstelle einschl. Transportmittel (Wagen und Triebfahrzeug mit Betriebsstoffen), und Personal einschl. Rangierbegleiter und Triebfahrzeugführer (Tf),

einschl. Telekommunikationsmöglichkeiten für Beteiligte, Gestellen aller Transportmittel einschl. Fahrpläne und Überwachung des Zuglaufs von Material, Transportmittel und schienengebundenen Maschinen, Vorbereiten, Erstellen und Aktualisieren des Betriebsablaufplanes einschl. aller erforderlichen Einsatzpläne, Veranlassen und Überwachen der

Abfuhr aller schienengebundenen Transportmittel und Maschinen.

1,000 psch

***Unterbeschreibung 01

Logistikkonzept

Logistikkonzept für die gesamte Baumaßnahme und auch für den Einsatz von gleisgebundenen Maschinen. Der Tarifpunkt ist selbstständig durch den AN zu organisieren und wird nicht durch den AG bereitgestellt. Die sich daraus ergebenden Transportzeiten sind zu berücksichtigen und einzukalkulieren. Erstellung von Fahrplänen, Einholen von Zugnummern, Verfolgung der Zugläufe für die Ver- und Entsorgung und tägliche Abstimmungen mit den betreffenden Betriebsstellen der [...].

Erstellung der Betriebstechnologie einschl. mehrmaliger Fortschreibung während der Maßnahme
Längstransporte in der Baustelle und Rangierarbeiten gehören zur Leistung einschl. Transportkosten und alle anfallenden Trassennutzungsgebühren.

Eingeschlossen sind die Anmeldungen für die Betriebs- und Bauanweisungen und die Fahrpläne

Hier Anteil der [...] (10% der Gesamtsumme)

1,000 psch

Auch die unter 01.03 ebenfalls benannten „Positionspaare“ 01.03.0018/01.03.0019 („Arbeitszug betreiben bzw. einsetzen“) und 01.03.0020/01.03.0021 („Arbeitszug anfahren, bereitstellen, vorhalten und wieder abfahren“) weisen jeweils eine identische Leistungsbeschreibung auf und sind entsprechend dem zitierten Positionspaar 01.03.0010/01.03.0011 im Verhältnis „90% der Gesamtsumme“ bzgl. der Ag zu 1) und „10% der Gesamtsumme“ bzgl. der Ag zu 2) zu bepreisen.

In ihrem Angebot vom [...] 2016 bepreiste die Antragstellerin (ASt) die betreffenden Positionen an den für Preise vorgesehenen Platzhaltern im Leistungsverzeichnis jeweils mit dem Betrag von [...] €. Die Angebotssumme der ASt beläuft sich auf insgesamt [...] € netto. Dieser Preis liegt um ca. 66% über der Kostenschätzung der Ag.

Mit E-Mail vom 9. Januar 2017 teilten die Ag der ASt, die die einzige Bieterin im vorstehenden Vergabeverfahren ist, mit, das Vergabeverfahren aufzuheben, da die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssten.

Die ASt rügte durch ihre Verfahrensbevollmächtigten mit Schreiben vom 12. Januar 2017 die Verfahrensaufhebung als vergaberechtswidrig. Die ASt begründet ihre Rüge im Wesentlichen

damit, es gäbe keinen sachlichen Änderungsbedarf. Dieser sei allenfalls „hausgemacht“ und stelle keinen wirksamen Aufhebungsgrund dar. Die Aufhebung sei im vorliegenden Fall zudem unverhältnismäßig.

Mit Schreiben vom 16. Januar 2017 benachrichtigten die Ag die ASt, ihrer Rüge nicht abzuweichen. Ihre Entscheidung begründeten die Ag im Wesentlichen damit, die ASt habe ein unwirtschaftliches Angebot abgegeben. Weiterhin seien die Vergabeunterlagen in einer Neuauusschreibung rechtfertigenden Weise zu ändern. Sie beabsichtige, in das streitgegenständliche Vergabepaket 2 zusätzliche Leistungen zu integrieren.

Im Nachprüfungsverfahren machen die Ag zudem den zwingenden Ausschluss des Angebots der ASt geltend, weil diese in den Leistungspositionen 01.03.0010/01.030011, 01.03.0018/01.030019 und 01.03.0020/01.030021 jeweils einen identischen Pauschalpreis eingetragen habe, ohne die gemäß den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses geforderte Aufteilung im Verhältnis 90/10 vorzunehmen.

2. Mit Schreiben vom 27. Januar 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag den Ag am 30. Januar 2017 übermittelt.

a) Die ASt trägt im Hinblick auf einen Angebotsausschluss wegen ihrer Eintragungen in den Logistikpositionen im Kapitel 01.03 des Leistungsverzeichnisses vor, ihre Kalkulations- und Bepreisungsweise sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Wie in Ziffer 01.03 des Leistungsverzeichnisses beschrieben, habe die ASt für die Positionen 01.03.0010 bis 01.03.21 jeweils einen Gesamtpreis von [...] € gebildet. Sie habe daher die Vorgabe aus dem Leistungstext vollumfänglich erfüllt. Die im Leistungstext vorgesehene Aufteilung auf einen Anteil der Ag zu 1) und einen Anteil Ag zu 2) sei gar nicht möglich gewesen, weil nicht transparent gewesen sei, welcher Gesamtpreis in Bezug zu nehmen war. Es habe lediglich die Möglichkeit bestanden, einen Gesamtpreis einzutragen, was die ASt auch getan habe.

Zur Erläuterung führt die ASt aus, dass die auf die Logistikpositionen umzulegenden Kosten (für Transport, Maschinen, Personal etc.) zeitlich und bauphasenspezifisch nicht eindeutig zugeordnet werden könnten und daher nur über die gesamte Bauzeit kalkulierbar gewesen seien, um Doppelberechnungen und Leistungsüberlappungen zu vermeiden. Aufgrund der Vorgaben des Leistungsverzeichnisses hätte die ASt daher so kalkulieren müssen, dass

sie Teile der Gesamtleistung der Logistik auf die einzelnen Phasen umlegt. Der Gesamtpreis ihres Angebots ändere sich durch ihre Vorgehensweise ohnehin nicht; die Ag könnten ohne Weiteres die Kostenanteile der ASt selbst bewerten. Wenn die Ag das Leistungsverzeichnis anders verstanden wissen wollten, hätten sie die Verpreisung der ASt aufklären müssen.

In der mündlichen Verhandlung führt die ASt hierzu aus, es sei eindeutig, dass sie sich in den Logistikpositionen vertan habe. Je Positionspaar habe sie ca. [...] € anbieten wollen, die im Verhältnis 90/10 hätten aufgeteilt werden müssen. Dies hätte sie ohne Weiteres gegenüber den Ag klarstellen können, ohne ihr Angebot zu ändern. Ohne entsprechende Aufklärung dürfe der ASt nicht unterstellt werden, dass sie auf eine entsprechende Nachfrage der Ag hin anders geantwortet hätte.

Im Übrigen ist die ASt der Auffassung, die Aufhebungsentscheidung durch die Ag sei rechtswidrig, denn sie entbehre eines sachlichen Grundes und sei daher willkürlich erfolgt. Ein solcher Grund könne, so die ASt, nicht in einer etwaigen Unwirtschaftlichkeit ihres Angebotes gesehen werden. Die seitens der Ag behauptete Überschreitung ihrer Kostenschätzung sei nicht auf einen überhöhten Angebotspreis der ASt, sondern auf eine offensichtlich fehlerhafte Kostenschätzung der Ag zurückzuführen. Es sei nahezu ausgeschlossen, dass die Ag die erschwerten Ausführungsbedingungen (Insellage), sowie die schwer zu prognostizierende Preissteigerung im Hinblick auf die überdurchschnittlich lange Ausführungszeit des Auftrages als erheblich preisbildende Faktoren angemessen berücksichtigt hätten. Darüber hinaus tritt die ASt ausführlich dem Vortrag der Ag entgegen, ihre Preiskalkulation sei in den Umlage- und Baustellengemeinkosten, in der Mittellohnberechnung und bei den Betonstoffpreisen überhöht. Basiere die fehlende Finanzierung wie im vorliegenden Fall auf Fehlern des Auftraggebers bei der Ermittlung des Finanzbedarfs, scheide bei bestehendem Beschaffungsbedarf eine Aufhebung aus.

Auch die von den Ag vorgebrachten grundlegenden Änderungen der Vergabeunterlagen stellten nach Ansicht der ASt keinen tauglichen sachlichen Aufhebungsgrund dar. Es bestehe bei den Leistungen des verfahrensgegenständlichen Vergabepakets 2 tatsächlich keinerlei Änderungsbedarf, die Änderungen seien vielmehr willkürlich und „hausgemacht“. Die angeblich in das Vergabepaket nachträglich zu integrierenden Leistungen (Rückbau der Gleishalle, Gestellung der Baukräne, Durchpressarbeiten u.a.) seien technisch in keiner Weise erforderlich, um die bisher in diesem Vergabepaket ausgeschriebenen Leistungen

zu erbringen. Dies gelte auch vor dem Hintergrund, dass die Gleishalle asbesthaltige Schadstoffe enthalte, denn der Gleishallenabbruch sei nicht Bestandteil des Vergabepaketes 2 gewesen und tangiere dessen Ausführung nicht.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Ag zu verpflichten, die Aufhebung des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens Nr. [...] rückgängig zu machen und der ASt den Zuschlag zu erteilen;
hilfsweise erneut in die Angebotswertung einzutreten,
2. hilfsweise festzustellen, dass die Aufhebung des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens rechtswidrig ist,
3. Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 165 GWB,
4. den Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich ihrer zum Zwecke der entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen und
5. festzustellen, dass für sie die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt notwendig war.

In ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 23. Februar 2017 beantragt die ASt ferner,

ihr weitergehende Akteneinsicht in die von den Ag vorgelegte ergänzende Stellungnahme des mit der Prüfung der Preise der ASt beauftragten Ingenieurbüros [...] vom 26. Februar 2017 zu gewähren.

Zur Begründung trägt die ASt hierzu vor, ohne Einsicht in diese Unterlagen könne sie nicht im gebotenen Maß auf die Argumentation der Ag eingehen, die ASt habe nicht marktüblich kalkuliert.

b) Die Ag beantragen über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. den Antrag der ASt auf Akteneinsicht zurückzuweisen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war und

4. der ASt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen.

Die Ag tragen vor, die ASt habe die Preise für die Baustellenlogistik nicht wie gefordert angeboten und sei daher zwingend auszuschließen. Diese Preispositionen seien in den jeweiligen Bauphasen getrennt enthalten, um präzise für den in der jeweiligen Bauphase anfallenden Aufwand kalkulieren und anbieten zu können. Dabei sei es den Ag wichtig gewesen, dass die Anteile der anfallenden Logistikleistungen nach dem „Verursacherprinzip“ dem richtigen Kostenverursacher zugeordnet werden könnten. Sie hätten daher im Einleitungstext des Leistungsverzeichnisses transparent vorgegeben, dass jeweils ein Anteil für die Ag zu 1) und für die Ag zu 2) auszuweisen gewesen sei. Das Angebot der ASt enthalte jedoch keine solchen Anteile, sondern stets denselben Preis, nämlich [...] €.

Dem Angebot der ASt sei somit nicht der zutreffende Preis zu entnehmen. Es bleibe offen, ob der jeweilige Positionspreis ([...] €) oder die Summe der Positionspreise den Gesamtpreis bildeten. Das Angebot der ASt lasse mehrere Interpretationsmöglichkeiten hinsichtlich der Preisangaben offen. Eine Aufklärung sei den Ag nicht möglich gewesen, weil eine Nachverhandlung über Preise unzulässig sei.

Im Hinblick auf die Aufhebung des Vergabeverfahrens sind die Ag der Auffassung, die Aufhebungsentscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt und mithin willkürfrei. Es sei anerkannt, dass eine Aufhebung rechtmäßig sei, wenn das submittierte Angebot die ordnungsgemäße Kostenschätzung um mehr als 50% überschreite. Das Angebot der ASt überschreite den von den Ag ordnungsgemäß ermittelten Kostenrahmen insgesamt um 66,6% und damit deutlich. Im Übrigen hätten die Ag bei ihrer Kostenschätzung durchaus die örtlichen und zeitlichen Umstände ebenso wie mögliche Preissteigerungen berücksichtigt. Zum Beleg der Ordnungsmäßigkeit ihrer Kostenschätzung berufen sich die Ag auf konzerninterne Überprüfungen sowie auf mehrere Stellungnahmen des von den Ag beauftragten unabhängigen Ingenieurbüros [...].

Darüber hinaus sei infolge eines neuen räumlichen Ausführungskonzeptes die Neugestaltung der Vergabepakete erforderlich gewesen, um die Gesamtbaumaßnahme verwirklichen zu können. Ein Festhalten an den bisherigen Vergabeunterlagen sei sinnlos und unzumutbar. Auch vor dem Hintergrund der Schadstoffhaltigkeit der Gleishalle sei ein

Abtransport des Abbruchmaterials in der bisher geplanten Weise nicht mehr möglich. Die Ag seien nunmehr gehalten, einen neuen Bieterkreis mit Spezialkenntnissen im Bereich der Asbestsanierung anzusprechen.

Die Vergabekammer hat der ASt nach vorheriger Zustimmung der Ag antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 20. Februar 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 2. März 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 17. März 2017 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, denn die Ag haben in rechtmäßiger Weise das streitgegenständliche Vergabeverfahren aufgehoben.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Die ASt ist insbesondere antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Denn durch die Abgabe eines Angebots hat sie ihr Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Zudem macht sie, indem sie sich gegen die Aufhebung des Vergabeverfahrens wendet, geltend, in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein. Durch die behauptete Rechtsverletzung in Form der Verfahrensaufhebung droht ihr auch ein Schaden zu entstehen. Denn die ASt, die als einzige ein Angebot abgegeben hat, beruft sich gerade darauf, dass die Verfahrensaufhebung rückgängig zu machen ist und sodann ihrem Angebot der Zuschlag zu erteilen ist.

Der Vergabenachprüfungsantrag ist auch nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB zulässig. Die ASt hat den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß am 12. Januar 2017 innerhalb von zehn Kalendertagen und damit rechtzeitig gerügt, nachdem sie am 9. Januar 2017 erfahren hat, dass die Ag das Vergabeverfahren aufheben.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, weil die Ag das Vergabeverfahren rechtmäßig aufgehoben haben. Der von der ASt begehrten Aufhebung der Aufhebungsentscheidung kann nicht entsprochen werden.

Die Entscheidung richtet sich im vorliegenden Fall gemäß § 1 Abs. 1 SektVO in Verbindung mit §§ 102 Abs. 4, 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b GWB nach der Sektorenverordnung (SektVO). Die vorstehende Vergabe von Leistungen zur Erneuerung des Hauptbahnhofes [...] erfolgt zum Zwecke einer Sektorentätigkeit im Bereich von Verkehrsleistungen; die Ag zu 1) und die Ag zu 2) sind Sektorenauftraggeber nach 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b GWB dar (Opitz in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB, 4. Aufl., § 102 GWB Rn. 42).

Gemäß § 57 SektVO kann ein Vergabeverfahren aufgehoben werden. Die Vorschrift selbst benennt – im Gegensatz zu den Aufhebungstatbeständen des übrigen Vergaberechts (§ 63 VgV, § 17 EU VOB/A) – keine konkreten Voraussetzungen für die Aufhebung. Ob ein die Aufhebung im „klassischen“ Vergaberecht rechtfertigender besonderer Grund vorliegt, ist für die Frage der Rechtmäßigkeit einer Aufhebungsentscheidung nach § 57 SektVO grundsätzlich also nicht maßgeblich. Vielmehr räumt der Gesetzgeber dem Sektorenauftraggeber ganz bewusst in der SektVO Spielräume für die individuelle Organisation von Vergabewettbewerben ein. So auch im Rahmen der Verfahrensaufhebung, indem er § 57 SektVO als eine reine Ermessensvorschrift ausgestaltet. Anerkannt ist jedoch, dass ein Vergabeverfahren auch im Anwendungsbereich der SektVO nicht ohne Weiteres beendet werden darf. Die Grenze der fehlerfreien Ermessensausübung ist dort zu ziehen, wo eine Aufhebung als willkürlich anzusehen ist. Es bedarf daher zur Aufhebung nach § 57 SektVO zumindest eines sachlichen Grundes, der allerdings gesetzlich nicht näher definiert ist (vgl. Dietrich in Greb/Müller, Kommentar zum Sektorenvergaberecht, 2. Aufl., § 57 SektVO Rn. 6, 11).

Ohne dass im vorliegenden Fall darauf einzugehen ist, welche Gründe im Einzelnen als „sachliche Gründe“ im Sinne einer vergaberechtskonformen Aufhebung nach § 57 SektVO anzuerkennen sind, ist ein solcher Grund jedenfalls dann anzunehmen, wenn ein zuschlagsfähiges Angebot nicht existiert. Dieser Fall liegt hier vor, denn das Angebot der ASt ist zwingend auszuschließen (dazu unter a)), so dass die Ag mangels annahmefähigem Angebot das Vergabeverfahren nicht durch einen Zuschlag beenden können und daher aufheben dürfen (dazu unter b)). Ob ein sachlicher Grund gemäß dem Vortrag der Ag ebenfalls in der angeblichen Unwirtschaftlichkeit des Angebots der ASt oder im grundlegenden

Änderungsbedürfnis der Vergabeunterlagen zu sehen ist, kann daher im vorliegenden Fall dahinstehen.

- a) Das Angebot der ASt ist auszuschließen, weil sie unzutreffende, nämlich nicht den eindeutigen Vorgaben der Ag entsprechende Preise angegeben hat.

In der SektVO sind keine Ausschlussgründe wie in § 57 VgV oder § 16 EU VOB/A normiert. Mit Blick auf die Vorgaben von Art. 76 Abs. 5 der RL 2014/25/EU und den allgemeinen vergaberechtlichen Prinzipien von Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerb ist aber auch der Sektorenauftraggeber gehalten, die Angebote in formaler Hinsicht zu prüfen, was insbesondere die Prüfung von Ausschlussgründen einbezieht (vgl. OLG München, Beschluss vom 29. September 2009, Verg 12/09; 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 26. Oktober 2016, VK 1 - 92/16; Honekamp/Weyand in Greb/Müller, Kommentar zum Sektorenvergaberecht, 2. Aufl., § 51 SektVO Rn 5, 6).

So ergibt sich aus dem in § 97 Abs. 2 GWB verankerten Gebot der Gleichbehandlung der Bieter, dem Wettbewerbsgebot aus § 97 Abs. 1 GWB und dem Gebot nach § 97 Abs. 5 GWB, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, die Befugnis und die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zum Ausschluss solcher Angebote, die von den ausgeschriebenen Vorgaben abweichen. Denn nur bei vollumfänglich vergleichbaren, d.h. den vom Auftraggeber festgelegten Anforderungen vollumfänglich entsprechenden, Angeboten ist sichergestellt, dass im Rahmen der Angebotswertung tatsächlich das sich in einem nichtdiskriminierenden Wettbewerb als wirtschaftlichstes erweisende Angebot bezuschlagt wird (vgl. 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 5. März 2014, VK 2 - 9/14). Diese grundlegende Befugnis und Pflicht eines öffentlichen Auftraggebers wird auch nicht durch den hier vorliegenden Umstand eingeschränkt, dass es in Bezug auf das Angebot der ASt keine konkurrierenden und damit vergleichbaren Angebote gibt. Denn zwingende Ausschlussgründe – und um einen solchen handelt es sich bei einer Änderung der Vergabeunterlagen – stehen nicht zur Disposition des öffentlichen Auftraggebers.

Diese Voraussetzungen für einen Angebotsausschluss liegen hier vor, denn die ASt hat entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Ziffer 01.03. des Leistungsverzeichnisses den jeweiligen Gesamtpreis der Positionspaare 01.03.0010/01.03.0011, 01.03.0018/01.03.0019 und 01.03.0020/01.03.0021 nicht gemäß den dort genannten Verhältnis 90/10 auf einen Anteil der Ag zu 1) und auf einen Anteil der Ag zu 2) aufgeteilt.

Die ASt hat vielmehr stets bei jeder der betreffenden Positionen denselben Preis in Höhe von [...] € angegeben und ist somit von den ausdrücklichen Kalkulationsvorgaben der Ag abgewichen.

Der Vortrag der ASt, die im Leistungsverzeichnis vorgesehene Aufteilung in Anteile sei ihr nicht möglich gewesen, weil nicht transparent gewesen sei, welcher Gesamtpreis in Bezug zu nehmen war, verfährt nicht. Unter Ziffer 01.03. wird konkret aufgeführt, wie der Bieter die Preise für die betreffenden Positionen anzugeben hat. Demnach wird zunächst unter Ziffer 01.03 die allgemeine Vorgabe gemacht, dass in einem ersten Schritt Gesamtpreise für die jeweiligen Positionspaare zu kalkulieren sind („Für die Positionen 01.03.0010/01.03.0011, 01.03.0018/01.03.0019 sowie 01.03.0020/01.03.0021 ist jeweils ein Gesamtpreis zu kalkulieren“). Diese sind „dann“ in einem zweiten Schritt in einem „dort“, also den jeweiligen Leistungspositionen, zu entnehmenden Verhältnis anteilig auf die Ag zu 1) und die Ag zu 2) aufzuteilen. Die Leistungsbeschreibung ist in diesem Punkt eindeutig und lässt aus maßgeblicher Sicht eines objektiven Bieters keine weiteren Interpretationsmöglichkeiten zu (s. zum Auslegungsmaßstab nur BGH, Urteil vom 10. Juni 2008, X ZR 78/07). Die ASt war offensichtlich auch ohne Weiteres in der Lage, für alle in Rede stehenden Positionen einen Preis von [...] € anzugeben. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachzuvollziehen, warum es der ASt nicht möglich war, die ermittelten Preise in einem weiteren Schritt gemäß dem Leistungsverzeichnis anteilig im Verhältnis 90/10 aufzuteilen und so anzugeben.

Auch die Erläuterungen der ASt zur Kalkulation der o.g. Positionen vermögen die von ihr vorgenommenen Preisangaben nicht zu rechtfertigen. Die ASt führt aus, dass die auf die Logistikpositionen umzulegenden Kosten (für Transport, Maschinen, Personal etc.) zeitlich und bauphasenspezifisch nicht eindeutig zugeordnet werden könnten und daher nur über die gesamte Bauzeit kalkulierbar gewesen seien, um Doppelberechnungen und Leistungsüberlappungen zu vermeiden. Der zum Angebotsausschluss führende Grund beruht jedoch nicht auf Schwierigkeiten der ASt bei der Kalkulation der betreffenden Leistungspositionen, sondern allein auf dem Umstand, dass es die ASt versäumte, die ermittelten Gesamtpreise in dem im Leistungsverzeichnis vorgeschriebenen Verhältnis anteilig anzugeben.

Dass die ASt in den betreffenden Positionen tatsächlich andere (nämlich dem vorgegebenen Verhältnis 90/10 entsprechende) Preise angeben wollte bzw. welche Preise

sie überhaupt angeben wollte, lässt sich aus ihrem Angebot auch nicht mittels Auslegung zweifelsfrei entnehmen. Soweit die ASt in der mündlichen Verhandlung ausführt, sie habe sich in den Logistikpositionen vertan und habe je Positionspaar ca. [...] € anbieten wollen, war dies jedenfalls nicht eindeutig. Die Preisangaben der ASt lassen vielmehr mehrere unterschiedliche Interpretations- bzw. Auslegungsmöglichkeiten zu. Maßgeblich für den Inhalt des Angebots ist zunächst der tatsächliche Wille des Erklärenden und wie der Empfänger das Angebot verstanden hat. Wenn – wie hier – kein solches übereinstimmendes Verständnis von Erklärendem und Erklärungsempfänger festgestellt werden kann, kommt es darauf an, wie der Empfänger, sprich im vorliegenden Fall der Auftraggeber, die empfangsbedürftige Willenserklärung bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu verstehen hatte (§§ 133, 157 BGB analog, s. zum Vorstehenden OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2009, VII-Verg 9/09 m.z.N.). Unter Berücksichtigung dieses Auslegungsmaßstabs ist es einem objektiven Empfänger nicht möglich, den Willen der ASt zweifelsfrei zu bestimmen. So erscheint einerseits eine Auslegung im Sinne des Vortrags des ASt denkbar, wonach für die jeweiligen Positionspaare je ein Gesamtpreis von ca. [...] € kalkuliert wurde, dieser aber in einem fehlerhaften Verhältnis von 50/50 (je [...] €) angegeben worden ist. Darüber hinaus ist es aber auch denkbar, dass der jeweils angegebene Preis von [...] € selbst den kalkulierten Gesamtpreis darstellt, der innerhalb der Positionspaare einmal für den Anteil der Ag zu 1) um 10% und einmal für den Anteil der Ag zu 2) um 90% zu kürzen ist, um die geforderten Preisangaben zu erhalten. Als dritte Auslegungsvariante kommt in Betracht, dass eine der beiden Preisangaben (welche?) den vorgegebenen Anteil zutreffend wiedergibt und die andere Position rechnerisch so zu korrigieren ist, dass beide Positionen im Ergebnis im Verhältnis 90/10 zueinander stehen. Bei allen diesen denkbaren Auslegungsvarianten ist mithin mindestens eine Preisangabe der ASt je Positionspaar unzutreffend und das Gewollte auch nicht im Wege der Auslegung eindeutig zu ermitteln.

Die Ag waren auch, entgegen der Auffassung der ASt, nicht gehalten, über ihr Verständnis im Hinblick auf die von der ASt angegebenen Preise aufzuklären. Denn ein solches Vorgehen hätte gegen das vergaberechtliche Nachverhandlungsverbot verstoßen. Aus dem allgemeinen vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB ergibt sich auch im Anwendungsbereich der SektVO, dass ein Nachverhandeln zwischen dem Auftraggeber und einem Bieter verboten ist, um den Wettbewerb unter gleichen Bedingungen für alle Bieter zu gewährleisten und nachträgliche Manipulationen durch Nachbessern einzelner Angebote zu verhindern. Dabei sind insbesondere Verhandlungen

unstatthaft, die zu einer Veränderung der Angebote führen. Allenfalls Aufklärungsmaßnahmen oder bloße Klarstellungen ohne Änderung des mit Ablauf der Angebotsabgabefrist verbindlichen Angebotsinhalts sind unter der Voraussetzung zulässig, dass dies aus dem Angebot selbst heraus unschwer möglich ist und zu einem unzweifelhaften Ergebnis führt (EuGH, Urteile vom 10. Oktober 2013, Rs. C-336/12 und vom 29. März 2012, Rs. C-599/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Juni 2010, VII-Verg 5/10). Da – wie oben aufgezeigt – im Angebot der ASt jedenfalls eine Preisangabe je Positionspaar unzutreffend war, hätte eine Aufklärung seitens der Ag aber gerade zu einer inhaltlichen Angebotsänderung geführt; der ASt wäre somit die Möglichkeit verschafft worden, nachträglich die fehlerhaften Preisangaben zu korrigieren. Auch eine vergaberechtskonforme Nachforderung nach § 51 Abs. 3 SektVO scheidet im vorliegenden Fall aus. Zum einen hat die ASt sämtliche Preise angegeben – es fehlen mithin keine Preise – und zum anderen sind die hier im Streit stehenden Preispositionen nicht unwesentlich, denn sie belaufen sich auf einen Betrag von rd. [...] Mio. €.

Nichts anderes ergibt sich, wenn man sich mit der ASt auf den Standpunkt stellt, die Ag hätten ohne weiteres aus den von ihr angegebenen Preisen selbst die zutreffenden Anteile ermitteln können. Die ASt meint, ihr Angebot hätte hinsichtlich der fehlerhaften Preisangaben von den Ag selbst korrigiert werden können. Ein solches Vorgehen hätte jedoch ebenfalls gegen das zuvor beschriebene Nachverhandlungsverbot aus § 97 Abs. 1 GWB verstoßen, denn auch hierbei wäre letztlich das Angebot der ASt nachträglich einer unzulässigen Inhaltsänderung unterzogen worden. Im Übrigen würde eine solche Selbstkorrektur durch die Ag voraussetzen, dass diese eindeutig gewusst hätten, wie die Preisangaben der ASt zu korrigieren waren. Wie vorstehend bereits aufgezeigt, waren die von der ASt vorgenommenen Preisangaben aber mehreren Auslegungsmöglichkeiten zugänglich. Die Ag waren somit schon nicht in der Lage, den Willen der ASt zu ermitteln und eine entsprechende Korrektur vorzunehmen.

Letztlich wäre eine Aufklärung, unabhängig von der Frage ihrer Zulässigkeit, auch nicht zielführend gewesen und konnte daher schon aus diesem Grund von vornherein unterbleiben, ohne dass man so das Aufklärungsergebnis – aus Sicht der ASt unzulässiger Weise – vorwegnähme. Denn die ASt hat im Laufe des Vergabenachprüfungsverfahrens selbst nicht eindeutig aufzeigen können, wie die von ihr angegebenen Preise tatsächlich zu verstehen waren. So führte sie im Rahmen der mündlichen Verhandlung aus, sie habe je Positionspaar ca. [...] € anbieten wollen, die sie sodann irrtümlich nicht im Verhältnis 90/10,

sondern im Verhältnis 50/50 angegeben habe. In dem ihr nachgelassenen Schriftsatz vom 23. Februar 2017 erklärt sie hingegen, für die Positionen 01.03.0010 bis 01.03.21 jeweils einen Gesamtpreis gebildet zu haben und zwar in Höhe von [...] €. Dieser Vortrag spricht wiederum dafür, dass der angegebene Betrag von [...] € den im vorgeschriebenen Verhältnis aufzuteilenden Gesamtpreis für die jeweiligen Positionen darstellte. Somit ist nach wie vor offen, welche Bedeutung dem stets angegebenen Preis von [...] € zukommt. Ob er als Anteilspreis (50%) oder als Gesamtpreis für die jeweiligen Positionspaare (100%) anzusehen ist, bleibt offen. Damit trifft das weitere Argument der ASt ebenfalls nicht zu, dass die Auslegung oder Aufklärung ihres Angebots allein schon deshalb geboten gewesen wäre, weil sich dies ohnehin nicht auf ihren Gesamtpreis auswirken würde – das Gegenteil ist der Fall.

Nach alledem war das Angebot der ASt auszuschließen, da sie die Preise nicht so wie von den Ag vorgegeben angegeben hat, nämlich in den Positionspaaren 01.03.0010/01.03.0011, 01.03.0018/01.03.0019 bzw. 01.03.0020/01.03.0021 jeweils im Verhältnis 90/10.

- b) Da das Angebot der ASt zwingend auszuschließen war, durften die Ag allein schon aus diesem Grund das Vergabeverfahren aufheben. Die ASt war nämlich die einzige Bieterin. Der Ausschluss führt daher dazu, dass formal betrachtet, überhaupt kein annahmefähiges Angebot im streitgegenständlichen Vergabeverfahren vorliegt. Dies rechtfertigt die Aufhebung, denn dem öffentlichen Auftraggeber muss es möglich sein, sich von Vergabeverfahren lösen zu können, die schon kein zuschlagsfähiges Angebot für den jeweiligen Auftrag hervorgebracht haben. Dass ein Ausschluss sämtlicher Angebote einen tauglichen Aufhebungsgrund darstellt, zeigen zudem die übrigen vergaberechtlichen Normen, deren Voraussetzungen für eine Verfahrensaufhebung strenger sind als für einen Sektorenauftraggeber. So ist ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 1 VgV und § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A berechtigt, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Bedingungen entspricht. Dabei ist die Vorschrift insoweit in einem weiten Sinne zu verstehen, als dass „kein Angebot eingegangen“ auch die Fälle umfasst, bei denen zwar Angebote eingegangen sind, diese aber aus vergaberechtlichen Gründen ausgeschlossen werden müssen (Portz in: Kularz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 1. Aufl., § 63 VgV Rn. 40). Erst recht muss es daher einem nur geringeren vergaberechtlichen Anforderungen unterliegenden

Sektorenauftraggeber möglich sein, sein Vergabeverfahren in solchen Fällen durch Aufhebung zu beenden.

Auf die Frage, ob die Aufhebung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens durch die Ag auch von anderen sachlichen Gründen getragen wird (Unwirtschaftlichkeit des Angebots der ASt oder grundlegender Änderungsbedarf im Hinblick auf die Vergabeunterlagen), kommt es daher nicht mehr an.

3. Da die ASt mit ihrem Hauptantrag auf Rückgängigmachung der Aufhebung und Bezuschlagung ihres Angebots nicht durchdringt, ist die Bedingung für die Entscheidung über ihre Hilfsanträge eingetreten.

Der Hilfsantrag der ASt auf erneuten Eintritt in die Angebotswertung ist unbegründet, denn das Angebot der ASt war vorliegend wegen fehlerhafter Preisangaben auszuschließen. Dies schließt eine Zurücksetzung des vorstehenden Vergabeverfahrens in den Stand der Angebotswertung aus.

Der Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens ist ebenfalls unbegründet, denn die Aufhebung durch die Ag war, wie gesehen, gemäß § 57 SektVO rechtmäßig. Sie erfolgte aufgrund eines sachlichen Grundes, da wegen des Ausschlusses des einzigen Angebots kein zuschlagsfähiges Angebot vorlag.

4. Der Antrag der ASt auf weitergehende Akteneinsicht in die von den Ag vorgelegte Stellungnahme des unabhängigen Ingenieurbüros [...] vom 26. Februar 2017 wird zurückgewiesen. Ein Anspruch auf eine weitergehende Akteneinsicht über die entscheidungsrelevanten Themen hinaus besteht nach § 165 GWB nicht (Kus in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar GWB, 4. Aufl., § 165 GWB Rn. 29). Die betreffende Stellungnahme des von den Ag beauftragten Ingenieurbüros gehört nicht zu den entscheidungsrelevanten Aktenbestandteilen. Sie ist allenfalls geeignet, Aufschluss über die Kostenschätzung der Ag im Hinblick auf eine vermeintliche Unwirtschaftlichkeit des Angebots der ASt zu geben. Wie oben aufgezeigt wurde, war die Aufhebung jedoch bereits aufgrund des Angebotsausschlusses gerechtfertigt. Auf die Frage, ob das Vergabeverfahren auch aus einem weiteren Grund (der Unwirtschaftlichkeit des Angebots der ASt) aufgehoben werden durfte, kommt es daher nicht mehr an.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag zu 1) und die Ag zu 2) war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Rechtsfragen zur Aufhebung von Vergabeverfahren und zum Ausschluss von Angeboten im Rahmen der SektVO aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen.

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.