



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 – 13/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „[...] *Neubau Bürogeb. [...] / Bodenverbesserungsarbeiten und Medienserschließung: Ver- und Entsorgungsarbeiten*“, Vergabenummer [...], EU-Bekanntmachung: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Beiermeister auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 2018 am 19. März 2018 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

3. Die Beigeladene trägt die ihr entstandenen Aufwendungen selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb am [...] 2017 im offenen Verfahren europaweit Bauarbeiten im Zusammenhang mit dem Neubau eines Bürogebäudes auf der Liegenschaft [...] aus. Im Einzelnen handelt es sich um Bodenverbesserungsarbeiten, Medienerschließungen, Ver- und Entsorgungsarbeiten (Vergabenummer [...]). Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt (Ziffer IV.2.1 der Bekanntmachung). Als Angebotsfrist wurde der 28. November 2017 festgelegt (Ziffer IV.3.3 der Bekanntmachung).

In der Angebotsaufforderung (Formblatt 211 EU) wird unter Ziffer 3.1 gefordert, die im Angebot „*kalkulierten bauzeitabhängigen Kosten*“ als zusätzliche „*Nachweise/Angabe/Unterlagen*“ mit dem Angebot einzureichen. Weiter heißt es: „*Die Angabe ist wertungsrelevant und betrifft die Wirtschaftlichkeitsbewertung. Hierzu ist dem Angebot eine Übersichtsliste/Aufgliederung der „bauzeitabhängigen Kosten“ vorzulegen, aus der für jeden Titel einschließlich der Untertitel die auftragsbezogen kalkulierten zeitabhängigen bzw. zeitproportionalen Kosten (Bauleitungspersonal, Vor- und Unterhalten der Einrichtungen, Geräte, Büros, Ver- und Entsorgungsanschlüsse, Allgemeine Geschäftskosten usw.) hervorgehen. Fehlende Angaben werden nicht nachgefordert. (Wertungskriterium siehe Ziffer 10).*“

Unter Ziffer 6 Formblatt 211 EU „*Angebotswertung*“ wird als Zuschlagskriterium „*Preis*“ festgelegt. Dort heißt es: „*Der Preis wird aus der Wertungssumme des Angebotes ermittelt. Die Wertungssummen werden ermittelt aus den nachgerechneten Angebotssummen, insbesondere unter Berücksichtigung von Nachlässen [...]*“.

Unter Ziffer 10.2 Formblatt 211 EU „*Wertungskriterium*“ wird ausgeführt: „*Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Der niedrigste Angebotspreis ist nicht entscheidend. Zur Angebotssumme wird ein Zuschlag von 30% der von dem jeweiligen Bieter angegebenen bauzeitabhängigen Kosten hinzuaddiert (Angebotsendsumme + (bauzeitabhängige Kosten x 0,3) = Wertungssumme)*“.

Die Antragstellerin (ASt) gab fristgerecht ein Angebot ab, unterließ es aber die in Ziffer 3.1 Formblatt 211 EU genannten kalkulierten bauzeitabhängigen Kosten zusätzlich anzugeben. Insgesamt gaben 12 Bieter Angebote ab, von denen 8 eine Angabe zu bauzeitabhängigen Kosten beifügten. Diese Angaben wurden bieterindividuell als Auflistung, tabellarische Übersicht oder in Textform beigefügt. Sie enthielten zum Teil detaillierte Preisangaben zu einzelnen Angebotspositionen, zum Teil aber auch nur den Hinweis, dass der jeweilige Bieter nicht mit bauzeitabhängigen Kosten kalkuliert habe. Die höchste Gesamtsumme bauzeitabhängiger Kosten wurde von einem dritten Bieter angegeben, der von der Ag unter der anonymisierten Angebotsnummer P12 geführt wird.

Am 28. November 2017 führte die Ag einen Submissionstermin durch, in dem die Angebote der insgesamt zwölf Bieter geöffnet und die Beträge der Angebote einschließlich der Preisnachlässe verlesen wurden. Die Angaben zur den bauzeitabhängigen Kosten wurden hierbei nicht bekannt gegeben. Das Angebot der ASt war hier das preislich günstigste ([...] Euro nach Abzug des bedingungslos gewährten Nachlasses in Höhe von [...]%). Das Angebot der Beigeladenen (Bg) befand sich auf der sechsten Rangstelle ([...] Euro).

Mit Vorabinformationsschreiben vom 24. Januar 2018 teilte die Ag der ASt mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Bg am 5. Februar 2018 zu erteilen. Das Angebot der ASt sei von der Wertung ausgeschlossen worden, weil es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen erfüllt habe. Zur Erläuterung führte die Ag aus, dass das Angebot „gemäß § 56 (3) VgV aus formalen Gründen von der Wertung ausgeschlossen“ werde, weil „leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote betreffen, nicht vorgelegt wurden (hier bauzeitabhängige Kosten)“. Insgesamt schloss die Ag 4 der 12 Bieter wegen Fehlens einer Angabe bauzeitabhängiger Kosten aus.

Mit Schreiben vom 29. Januar 2018 rügte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren als rechtswidrig. Der Ausschluss könne nicht auf § 56 Abs. 3 VgV gestützt werden, weil diese Vorschrift gem. § 2 VgV für die Vergabe von Bauaufträgen nicht anwendbar sei. Im Anwendungsbereich der hier einschlägigen VOB/A, bestehe vielmehr eine Nachforderungspflicht des öffentlichen Auftraggebers gemäß § 16a EU VOB/A bezüglich fehlender geforderter Erklärungen und Nachweise. Im Übrigen seien die geforderten bauzeitabhängigen Kosten nicht hinreichend definiert, weil offenkundig jeder Bieter etwas

anderes darunter verstehe. Daher seien die Angebote nicht mehr abschließend vergleichbar. Weiterhin handele es sich bei den aufzulistenden bauzeitabhängigen Kosten nicht um leistungsbezogene Unterlagen, sondern um kalkulatorische Einzelheiten eines Angebots.

Mit Schreiben vom 31. Januar 2018 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe. Es sei zwar richtig, dass § 56 VgV auf Bauvergaben keine Anwendung findet, allerdings sei der in dieser Vorschrift enthaltende Rechtsgedanke übertragbar. Die geforderten bauzeitabhängigen Kosten seien jedenfalls kein bloßer Nachweis oder eine Erklärung im Sinne des § 16a EU VOB/A, sondern ein wesentlicher Bestandteil des Angebots, bei der eine Nachforderung zur Vermeidung einer Wettbewerbsverfälschung ausscheide. Schließlich bemängelt die Ag, dass sich im Angebot der ASt in vier Positionen zur geforderten Angabe einer Verwertungsanlage (Ziffer 1.10 „*Entsorgung und Verwertung*“ des Formblatts 211 EU) nur die lapidare Angabe „*eigene*“ fände, ohne dies hinreichend zu konkretisieren.

Mit Schreiben vom 1. Februar 2018 erweiterte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten ihre Rügen. Die von der Ag gewählte Vorgehensweise verstoße gegen den Transparenzgrundsatz und den Grundsatz der Bietergleichbehandlung (§ 127 Abs. 4 GWB), weil die Zuschlagskriterien intransparent und nicht berechenbar ausgestaltet seien. Hierdurch würde auch dem Submissionstermin, die in § 14 EU Abs. 6 VOB/A zugesprochene Bedeutung genommen, weil die Bieter nicht die tatsächlichen Angebotspreise erführen. Im Übrigen müsse zur Schließung der von der Ag identifizierten Regelungslücke auch die Vorschrift des § 16 EU Nr. 3 VOB/A herangezogen werden, so dass die bauzeitabhängigen Kosten von der ASt nachgefordert werden müssten. Der neue Einwand der unkonkreten Angaben zur „*Entsorgung und Verwertung*“ sei weder einschlägig noch käme es darauf an, zumal es nicht zweifelhaft wäre, was eine eigene Verwertungsanlage sei.

Ebenfalls mit Schreiben vom 1. Februar 2018 wies die Ag auch die erweiterten Rügen zurück. Die Bieter würden diejenigen Informationen erhalten, die nach § 14 EU Abs. 3 Nr. lit a-d VOB/A vorgesehen seien. Die bauzeitabhängigen Kosten hätten nichts mit dem Angebotspreis zu tun. Die Vorschrift des § 16 EU Nr. 3 VOB/A könne nicht angewandt werden, weil es sich bei den von den jeweiligen Bietern kalkulierten bauzeitabhängigen Kosten nicht um unwesentliche Angaben handele. Der Grundsatz der Bietergleichbehandlung verbiete eine Nachforderung, weil eine nachträgliche Benennung der bauzeitabhängigen Kosten Manipulationsmöglichkeiten zu Lasten derjenigen Bieter eröffne, die sich an diese Vorgabe gehalten hätten. Dies gelte im vorliegenden insbesondere, weil die Angebotspreise der Bieter

auf den Rangplätzen 1 bis 6 sehr dicht zusammen lägen. Die bekannt gegebene Wertungsformel sei im Übrigen transparent und berechenbar.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 1. Februar 2018 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 2. Februar 2018 an die Ag übermittelt.

a) Mit ihrem Nachprüfungsantrag beanstandet die ASt, dass die Ag entgegen § 127 Abs. 4 GWB die aufzulistenden bauzeitabhängigen Kosten als Zuschlagskriterium nicht so bestimmt festlegt habe, dass eine wirksame Prüfung erfolgen könne. Vielmehr sei die Festlegung dem jeweiligen Verständnis der Kalkulationsfreiheit der Bieter überlassen, mit der Folge, dass aufgrund unterschiedlicher Kalkulationsmodelle die Angebote nicht mehr miteinander vergleichbar seien und dies zu nicht nachvollziehbaren Wertungsergebnissen führe. Weiterhin seien den Bietern im Submissionstermin unter Verletzung des § 14 EU Abs 6 VOB/A nicht die Endbeträge der Angebote angegeben und es sei gegen die Dokumentationspflicht gem. § 16c EU Abs. 3 VOB/A verstoßen worden. Jedenfalls bestehe eine Nachforderungspflicht nach § 16a EU VOB/A für jegliche Nachweise und Erklärungen. Eine einschränkende Auslegung würde den klaren Willen des Gesetz- und Verordnungsgebers unterlaufen. Auch aus § 16 EU Nr. 3 VOB/A folge für unwesentliche Preisangaben, die die Wertungsreihenfolge nicht beeinträchtigen, nichts anderes. Ersatzausschlussgründe bestünden nicht, da die ASt klar zum Ausdruck gebracht habe, dass sie ihre eigene Verwertungsanlage gemeint habe. Mit dem Wertungskriterium der bauzeitabhängigen Kosten betreibe die Ag eine Art vorgezogenes Nachtragsmanagement, für das es aufgrund der klaren Vorgaben zur Bauzeit kein Bedürfnis gebe und bei dem es sich – mangels Absehbarkeit der Notwendigkeit von Nachträgen – um eine vergaberechtlich unzulässige Eventualposition handele. Dies führe zu einer doppelten Berücksichtigung der bauzeitabhängigen Kosten, soweit diese bereits im Angebot eingepreist sind. Im Übrigen sei für die Regelung von Nachträgen das Bauvertragsrecht einschlägig.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. der Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen und die Zuschlagskriterien sowie die damit verbundenen Nachweisanforderungen neu unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer auszugestalten,

2. hilfsweise der Ag aufzugeben, das Angebot der ASt in der Wertung zu belassen und die Wertung erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. äußerst hilfsweise sonstige geeignete Maßnahmen anzuordnen, um die Rechte der ASt im Vergabeverfahren sicherzustellen,
4. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der ASt aufzuerlegen und auszusprechen, dass für diese die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren erforderlich ist.

b) Die Ag beantragt:

1. Die Anträge der ASt werden abgelehnt.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Ag macht geltend, dass die Rügen verspätet erhoben wurden und damit gemäß § 160 Abs. 3 GWB präkludiert seien, weil die ASt von den zugrundeliegenden Sachverhalten bereits aus der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen Kenntnis erlangt habe und diese bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe hätte rügen müssen. Weiterhin sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Wertungskriterium der bauzeitabhängigen Kosten sei ausdrücklich und transparent geregelt und sei vor allem für während der Ausführung eintretende Nachtragssituationen relevant. Starre Vorgaben verböten sich aufgrund der Kalkulationsfreiheit der Bieter. Die Nachforderungspflicht des § 16a EU VOB/A sei dahingehend zu beschränken, dass wertungsrelevante Erklärungen, die unmittelbar Einfluss auf die Wertungsreihenfolge haben, nicht nachgefordert werden dürften. Dies ergebe sich auch aus § 16 EU Nr. 3, 2. HS VOB/A. Andernfalls bestünde eine Gefahr der Wettbewerbsverfälschung mit unmittelbarem Nachteil für diejenigen Bieter, die ihre bauzeitabhängigen Kosten bereits mit der Angebotsabgabe eingereicht haben. Auch ein Verstoß gegen § 14 EU Abs. 6 VOB/A bestünde nicht, weil außerpreisliche Wertungskriterien niemals im Submissionstermin bekannt gegeben würden.

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

In der mündlichen Verhandlung am 26. Februar 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern, wobei die Beigeladene (Bg) nicht an der mündlichen Verhandlung teilnahm.

Mit Verfügung des Vorsitzenden in der mündlichen Verhandlung wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 22. März 2018 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 und hinsichtlich des Vorwurfes, dass die Ag gegen die Nachforderungspflicht gem. § 16a EU Satz 1 VOB/A verstoßen habe, auch begründet. Weitere Rechtsverstöße sind nicht zu prüfen, weil die durch die Vergabekammer angeordnete Maßnahme die seitens der ASt geltend gemachte Rechtsverletzung, nämlich ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren, beseitigt.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die ASt hat ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 3 GWB insofern genügt, als sie einen Verstoß gegen die Nachforderungspflicht gemäß § 16a EU VOB/A, Verstöße gegen § 14 EU Abs. 6 VOB/A und § 16c EU Abs. 3 VOB/A sowie die mangelnde Bestimmtheit des Begriffs der bauzeitabhängigen Kosten und der widersprüchlichen Gestaltung der Vergabeunterlagen gegenüber der Ag geltend gemacht hat.

Die Rüge eines Verstoßes gegen die Nachforderungspflicht gemäß § 16a EU VOB/A erfolgte nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB verspätet, obwohl der Ausschluss der Nachforderung bereits ausdrücklich in den Vergabeunterlagen in Ziffer 3.1 Formblatt 211 EU vermerkt war, aber die Rüge nicht spätestens zum Ende der Angebotsfrist am 28. November 2017, sondern erst am 29. Januar 2018 erhoben wurde. Denn für die nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB erforderliche Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes kommt es auf die Erkenntnismöglichkeit des konkreten

Unternehmens bei Anwendung üblicher Sorgfalt an. Die Erkennbarkeit muss sich sowohl auf die den Verstoß begründenden Tatsachen als auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. August 2011, VII-Verg 16/11).

An dieser Rechtskenntnis hat es der zum damaligen Zeitpunkt noch nicht anwaltlich vertretenen ASt gefehlt. Bei der Frage, ob und wieweit eine Nachforderungspflicht im Einzelfall besteht, handelt es sich um eine komplexe Rechtsfrage. Dies wird schon dadurch deutlich, dass auch die Ag während des Vergabeverfahrens selbst Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Ausschlusses jeglicher Nachforderung gemäß Ziffer 3.1 Formblatt 211 EU hegte. So hatte die von der Ag mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragte Vergabestelle in [...] mit Schreiben vom 11. Januar 2018 auf Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 56 Abs. 3 VgV hingewiesen. Im Antwortschreiben des Amtes für [...] vom 17. Januar 2018 verwies dieses auf seine E-Mail vom 21. November 2017, nach der es keinen Klarstellungsbedarf in dieser Frage gebe. Erst auf das Rügeschreiben der Verfahrensbevollmächtigten der ASt vom 29. Januar 2018 räumte das Amt für [...] mit Schreiben vom 31. Januar 2018 ein, dass nicht die Vorschrift des § 56 Abs. 3 VgV, sondern nach seiner Auffassung ein darin enthaltender Rechtsgedanke Anwendung finde. Die Erkennbarkeit eines Rechtsfehlers aufgrund derartiger rechtlicher Erwägungen kann einer Tiefbaufirma wie der ASt, die nach eigenen Angaben in der mündlichen Verhandlung keinen Juristen beschäftigt, nicht entgegen gehalten werden, wenn selbst die erfahrenen und vergaberechtlich geschulten Stellen der Ag einen solchen Fehler nicht erkannt haben.

Die vorhergehenden Erwägungen gelten gleichermaßen für die seitens der ASt geltend gemachten Vergabeverstöße in Bezug auf die Unbestimmtheit des Begriffs der bauzeitabhängigen Kosten und der widersprüchlichen Gestaltung der Vergabeunterlagen. Zwar waren die diesen vermeintlichen Rechtsverletzungen zugrunde liegenden Tatsachen für die ASt unmittelbar aus den Vergabeunterlagen erkennbar, ein konkreter Rechtsverstoß musste sich der ASt hieraus indes nicht aufdrängen. Dies ist insbesondere deshalb fernliegend, weil die ASt vor Angebotsabgabe gar keine Zweifel hinsichtlich der Rechtmäßigkeit einer Angabe der bauzeitabhängigen Kosten hatte, sondern deren Angabe schlicht vergessen hatte. Hinzu kommt, dass es sich bei der zusätzlichen Wertung der bauzeitabhängigen Kosten nach der von der ASt geäußerten und von der Ag nicht widersprochenen Einschätzung,

um ein neuartiges Wertungskriterium handele, so dass dessen Unrechtmäßigkeit – auch unter Beachtung des grundsätzlich weiten Beurteilungsspielraums öffentlicher Auftraggeber bei der Wertungskonzeption – zumindest nicht offenkundig war.

Auch die Rüge eines Verstoßes gegen § 14 EU Abs. 6 und § 16c EU Abs. 3 VOB/A dadurch, dass im Submissionstermin nicht die Angebotsendsummen festgestellt worden seien, erfolgte nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB verspätet. Die Abweichung der Wertungssumme von den im Submissionstermin festgestellten Angebotssummen wurde erst aufgrund des Vorabinformationsschreibens vom 24. Januar 2018 erkennbar und danach am 29. Januar 2018 fristgerecht gerügt. Die für die Einreichung des Nachprüfungsantrags gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB einzuhaltende Frist ist gewahrt.

- b) Die ASt ist auch antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Der Ausschluss des Angebots der ASt würde dazu führen, dass sie ihren ersten Wertungsrang verliert. Insoweit werden durch den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß die Zuschlagschancen der ASt beeinträchtigt.
2. Der Nachprüfungsantrag ist auch in der Sache begründet, soweit sich die ASt einen Verstoß gegen die Nachforderungspflicht gem. § 16a EU Satz 1 VOB/A in der Streitgegenständlichen Fallkonstellation geltend macht (a). Die weiteren von der ASt geltend gemachten Rechtsverletzungen sind nicht zu prüfen (b).
- a) Im Streitgegenständlichen Fall war der Ausschluss mangels Vorlage einer Übersicht der bauzeitabhängigen Kosten der ASt rechtswidrig, weil die Ag gemäß § 16a EU Satz 1 VOB/A zur Nachforderung verpflichtet ist. Diese Verpflichtung besteht allerdings nur insoweit, als die nachzufordernden Angaben so unwesentlich sind, dass sie nicht geeignet sind, die im Submissionstermin festgestellte Wertungsreihenfolge der Bieter zu beeinträchtigen. Im Ergebnis hat die Ag die fehlenden Angaben zu den bauzeitabhängigen Kosten nachzufordern und unwesentliche Angaben in einer neu vorzunehmenden Wertung gemäß Ziffer 10.2. Formblatt 211 EU zu berücksichtigen.
 - aa) Die Nachforderungspflicht des öffentlichen Auftraggebers gemäß § 16a EU Satz 1 VOB/A bezieht sich dem Wortlaut nach einschränkungslos auf fehlende Erklärungen oder Nachweise. Denn der Begriff der „Erklärungen oder Nachweise“

im Sinne der vorgenannten Vorschrift ist weit auszulegen und umfasst alle vom Bieter geforderten Angaben und Unterlagen, selbst dann wenn diese die Wettbewerbsstellung des Bieters beeinflussen können (siehe hierzu Dittmann in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, 2. Auflage, § 13 Rn 67, 68). Danach fällt auch die Angabe der hier von den Bietern verlangten bauzeitabhängigen Kosten unter § 16a EU VOB/A.

Hinsichtlich ihrer einschränkungslosen Geltung unterscheidet sich die Vorschrift somit von dem im Anwendungsbereich der VOB/A gemäß § 2 VgV nicht anwendbaren § 56 Abs. 3 VgV. Die Ag weist allerdings zu Recht darauf hin, dass die Nachforderungspflicht gem. § 16a EU VOB/A einer einschränkenden Auslegung bedarf. Dies ergibt sich aus § 56 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU, in der festgelegt ist, dass jedwede Nachforderung „unter voller Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung“ zu erfolgen hat. Danach ist eine Nachforderung grundsätzlich zulässig, solange diese nicht zu einem Verstoß gegen die genannten Vergaberechtsgrundsätze führt. Mit diesem konkreten auswirkungsorientiertem Ansatz verzichtet die Richtlinie darauf, eine Differenzierung anhand der Art der fehlenden Unterlagen vorzunehmen, wie dies in § 56 Abs. 2 und 3 VgV zwischen unternehmens- und leistungsbezogenen Unterlagen mit Bezug zur Wirtschaftlichkeitsbewertung vorgesehen ist.

- bb) Zu einer Einschränkung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung könnte es im vorliegenden Fall kommen, weil die in Ziffer 3.1 Formblatt 211 EU von den Bietern angeforderte Übersicht der bauzeitabhängigen Kosten als Zuschlagskriterium in die Wertung gem. Ziffer 10.2. Formblatt 211 EU einbezogen ist.

Eine Nachforderung von wertungsrelevanten Nachweisen oder Erklärungen birgt einerseits grundsätzlich die Gefahr, dass die zur Nachforderung aufgeforderten Bieter in die Lage versetzt werden ihre Angebot noch nach Ablauf der Angebotsfrist zu verbessern und auf diese Weise einen Wettbewerbsvorteil gegenüber denjenigen Bietern erlangen, die die erforderlichen Unterlagen bereits mit ihrem Angebot vorgelegt haben. Andererseits ist die abstrakte Gefahr eines Wettbewerbsvorteils allein nicht ausreichend, wenn die Auswirkungen auf die Wertung so unwesentlich sind, dass eine Beeinträchtigung der Wertungsreihenfolge der Bieter und damit auch eine Diskriminierung anderer Bieter infolge der Nachforderung ausgeschlossen ist. In einem solchen Fall könnte

eine Nachforderung unter Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz erfolgen.

Dieser Rechtsgedanke findet sich sowohl in § 16 EU Nr. 3 VOB/A als auch in § 56 Abs. 3 Satz 2 VgV. Die Vorschrift des § 16 EU Nr. 3 VOB/A sieht eine Nachforderung einer auf einer einzelnen Position fehlenden unwesentlichen Preisangabe vor. § 56 Abs. 3 Satz 2 VgV bezieht sich auf unwesentliche Preisangaben in mehreren Einzelpositionen. Die „Unwesentlichkeit“ dieser Angaben ergibt sich aus dem Umstand, dass *„die Wertungsreihenfolge, auch bei Wertung dieser Position mit dem jeweils höchsten Wettbewerbspreis, nicht beeinträchtigt“* werde (§ 16 EU Nr. 3 a.E. VOB/A). § 56 Abs. 3 Satz 2 VgV verlangt, dass die Wertung der (fehlenden) Positionen *„den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb“* nicht beeinträchtigen dürfe. Dabei ist auch die Vorschrift des § 16 EU Nr. 3 VOB/A – wie auch der ohnehin nicht anwendbare § 56 Abs. 3 Satz 2 VgV – nicht unmittelbar anwendbar, weil es im vorliegenden Fall nicht um das Fehlen von Preisangaben für einzelne Angebotspositionen geht. Das Angebot der ASt ist vielmehr vollständig und weist keinerlei Lücken in Preispositionen auf. Streitgegenstand ist eine fehlende Übersicht, die bauzeitabhängige Einzelpositionen als solche in einer Anlage identifiziert. Gleichwohl ist der Rechtsgedanke dieser Vorschriften auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar und im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung der Nachforderungspflicht gemäß § 16a EU VOB/A berücksichtigungsfähig.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist im streitgegenständlichen Fall ein Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz konkret nicht zu befürchten. Denn die fehlende Angabe bauzeitabhängiger Kosten durch die ASt ist als unwesentlich im Sinne des oben genannten Rechtsgedankens und damit im Rahmen des § 16a EU VOB/A als nachforderungsfähig anzusehen:

Wenn man die Wertung des Angebotspreises der ASt (einschließlich des unbedingt gewährten Preisnachlasses) mit der höchsten Angabe der bauzeitabhängigen Kosten durch den Bieter P12 in die Wertungsformel in Ziffer 10.2 Formblatt 211 EU einstellt, ergibt sich nämlich keine Veränderung der im Submissionstermin festgestellten Wertungsreihenfolge, so dass eine

Diskriminierung anderer Bieter ausgeschlossen ist. Dieses Ergebnis folgt – wie oben bereits dargelegt - aus einer an Art 56 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU orientierten richtlinienkonformen Auslegung des vom Wortlaut her weit gefassten § 16a EU VOB/A und schränkt die dort normierte Nachforderungspflicht jedenfalls dann ein, wenn durch die Nachforderung eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu befürchten ist. Da dies im streitgegenständlichen Fall auszuschließen ist, hat die Ag die fehlenden Angaben nachzufordern.

- cc) Der Vortrag der Ag in der mündlichen Verhandlung, dass auch die Nachforderung grundsätzlich wertungsrelevanter, aber hinsichtlich des Wertungsergebnisses unwesentlicher Angaben, eine Manipulationsgefahr birgt und aus diesem Grund grundsätzlich auszuschließen ist, überzeugt nicht. Zwar liegt es nicht fern, dass der auf dem ersten Rang eingestufte Bieter, von dem die Angabe bauzeitabhängiger Kosten nachgefordert wird, in Kenntnis der übrigen Submissionsergebnisse und der Wertungsformel, dazu geneigt sein könnte, seine eigene Angabe so zu optimieren, dass der preisliche Abstand zum zweitplatzierten Bieter ausgeschöpft wird. Dies ist jedoch angesichts des ausdrücklichen Wortlauts des § 16a EU VOB/A hinzunehmen, zu dessen Korrektur sich der VOB/A-Normgeber bisher nicht veranlasst sah.

Zudem ist anzumerken, dass sich diese Gefährdungslage vor allem im Anwendungsbereich der VOB ergibt, weil erst durch die Offenlegung der Submissionsniederschrift gemäß § 14 EU Abs. 6 VOB/A eine unter wettbewerblichen Gesichtspunkten nicht unproblematische Transparenz im laufenden Wertungsprozess geschaffen wird. Diese Transparenz kann sich im wettbewerblichen Prozess sowohl bei jeglichen Nachforderungen von Unterlagen, als auch bei einer Aufhebung des Vergabeverfahrens materialisieren.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Nachforderungspflicht dem Wirtschaftlichkeitsgebot Rechnung trägt. Dies ergibt sich auch aus der Kontrollüberlegung, dass ohne die Nachforderung fehlender unwesentlicher Angaben ein preisgünstigeres, grundsätzlich zum Zuschlag geeignetes, Angebot vollständig aus dem Wettbewerb ausscheiden würde, so dass sich die von der Ag benannte Gefahr in jedem Fall wirtschaftlich realisieren würde, wenn man ihren Einwand gelten ließe. Dies gilt insbesondere im vorliegenden Fall, in dem die

bauezeitabhängigen Kosten nur für den Fall erhoben werden, um die Kosten noch nicht absehbarer Nachträge vorab abschätzen zu können. Dabei ist es völlig ungewiss, ob und in welchem Umfang Nachträge erforderlich werden und ob die Angabe der bauezeitabhängigen Kosten geeignet ist die Nachtragskosten zu beschränken. Gewiss ist vielmehr, dass ein unwirtschaftlicheres Angebot den Zuschlag erhalte, wenn ein preisgünstigeres Angebot wegen Fehlens unwesentlicher Angaben ohne eine Nachforderung ausgeschlossen würde.

- b) Die weiteren von der ASt geltend gemachten Rechtsverstöße sind nicht zu prüfen. Da die Vergabekammer gemäß § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB nicht an die von der ASt gestellten Anträge gebunden ist, sondern nach Satz 1 dieser Vorschrift geeignete Maßnahmen zu treffen hat, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern, kommt es im vorliegenden Verfahren auf die Begründetheit der weiteren von der ASt mit ihrem Hauptantrag geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht an. Die ASt dringt vielmehr mit ihrem Hilfsantrag durch und erreicht bei interessengerechter Auslegung des Rechtsschutzinteresses der ASt mit der Nachforderung der bauezeitabhängigen Kosten und dem Verbleib in der Angebotswertung ein weitergehendes Rechtsschutzziel als mit ihrem Hauptantrag, der auf eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Versand der Vergabeunterlagen gerichtet ist. Denn anders als bei einer Zurückversetzung des Verfahrens und einer damit einhergehenden neuen Angebotslegung, bleibt der nach Submission günstigste Angebotspreis der ASt unverändert bestehen. Dieses Begehren hat die ASt auch ungeachtet der anderslautenden Anträge im Nachprüfungsantrag deutlich gemacht, indem dort weitergehend gefordert wird, dass die Ag „jedenfalls verpflichtet“ sei, die fehlenden Unterlagen nachzufordern (siehe. S. 11 des Nachprüfungsantrags).

III.

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

Danach hat die Ag als unterliegende Verfahrensbeteiligte sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

Die Bg hat sich nicht am Verfahren beteiligt, keine Schriftsätze eingereicht oder keine Anträge gestellt und damit auch kein Kostenrisiko auf sich genommen. Daher ist sie nicht als zusammen mit der Ag unterliegende Partei anzusehen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich hinsichtlich des Bestehens und der Reichweite der Nachforderungspflicht gemäß § 16a EU VOB/A komplexe Rechtsfragen, die eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

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

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Behrens

Brune