



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 141/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „[...] Los [...], Schweißtechnik/technische Gase“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Rempfer auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 2017 am 22. Dezember 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, in dem Vergabeverfahren „[...] Los [...], Schweißtechnik/technische Gase“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], einen Zuschlag zu

erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit im Rahmen der Baumaßnahme „[...]“ ein europaweites offenes Verfahren zur Vergabe der Leistungen „Schweißtechnik/technische Gase“ durch. Diese mit ihrem Gesamtauftragswert deutlich oberhalb der Schwellenwerte i.S.d. § 106 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB liegende Baumaßnahme umfasst u.a. die Errichtung mehrerer Gebäude. Der verfahrensgegenständliche Auftrag betrifft den Neubau eines [...], in dem die theoretische und praktische Ausbildung in handwerklichen Berufen durchgeführt werden soll. Ausweislich der von der Ag vorgelegten Fördermittelbescheide wird dieser Neubau zu über 50% durch den Bund finanziert.

Den den Bietern übersandten Vergabeunterlagen lagen mehrere Formblätter aus dem VHB Bund (Stand April 2016) bei sowie zwei Vertragsformulare (für den „Vertrag für Wartung und Inspektion“ sowie für den „Ergänzungsvertrag für Störungsbeseitigung“) samt von der Ag vorausgefüllten Arbeitskarten. Laut Buchstabe C der Angebotsaufforderung (Formblatt 211 EU VHB) mussten die Bieter im Vergabeverfahren u.a. das Formblatt 242 VHB beachten und mit ihrem Angebot „soweit erforderlich ausgefüllt“ u.a. das Angebotsschreiben (Formblatt 213 VHB), das Leistungsverzeichnis und das „Vertragsformular für Instandhaltung AMEV-Vertrag Wartung und Inspektion + Ergänzungsvertrag“ einreichen.

Mit dem Formblatt 242 VHB werden die Bieter zur Abgabe eines Angebots für den Angebotsteil „Instandhaltung“ aufgefordert. Hiernach sind

„Gegenstand des Angebots (...) sowohl die Erstellung der Anlage als auch deren Inspektion, Wartung und (...) Störungsbeseitigung“ (s. Ziffer 2 Formblatt 242 VHB).

Laut Ziffer 3 dieses Formblatts waren im Vertragsformular die geforderte Vergütung sowie weitere Angaben hierzu einzutragen. Außerdem sieht Ziffer 3 vor, dass

„die in der/den beigefügte/n Arbeitskarte/n beschriebenen Leistungen ohne Änderungen anzubieten“ sind.

Dasselbe ergibt sich aus dem Formblatt „Angebotsaufforderung für Wartung, Inspektion und damit verbundene kleine Instandsetzungsarbeiten“.

Gemäß Ziffer 4 des Formblatts 242 VHB

„wird das Angebot insgesamt (und damit auch der Angebotsteil Erstellung der Anlage) ausgeschlossen“, wenn „der Angebotsteil Instandhaltung nicht wertbar“ ist.

Laut Ziffer 4.7 des Leistungsverzeichnisses (LV) sind die in den Arbeitskarten zum beiliegenden Wartungsvertrag beschriebenen Leistungen und Wartungsfristen „ohne Änderung anzubieten“. Außerdem ist hier geregelt, dass der Wartungsvertrag vom Auftragnehmer zu ergänzen und zu unterzeichnen ist und dass

„die Auftragserteilung (...) vom Vorliegen eines Wartungsangebotes abhängig gemacht“ wird. „Dieser Wartungsvertrag ist Bestandteil des Angebots und fließt in die Wertung ein.“

Die letzten beiden Anforderungen gelten gemäß Ziffer 4.8 des LV ebenso für den „Ergänzungsvertrag zur Störungsbeseitigung“.

Laut Vertrag für Wartung und Inspektion sollen die vertraglichen Leistungen pauschal vergütet werden (s. Ziffer 5 des Wartungsvertrags). Dasselbe gilt gemäß Ziffern 2.1 und 3 des „Ergänzungsvertrags zur Störungsbeseitigung“. Die Vergütung für die Wartung und Inspektion soll zunächst für 24 Monate fest vereinbart werden, danach kann sie anhand einer Preisgleitklausel an etwaige Lohnänderungen angepasst werden. Die entsprechende Berechnungsformel war von der Ag fest vorgegeben worden; die Bieter konnten lediglich den Stundenlohn der maßgebenden Lohngruppe eintragen, auf dessen Basis sich die neue Vergütung errechnet. Dieser Stundenlohn wiederum sollte sich aus dem einschlägigen Tarifvertrag und der entsprechenden Lohngruppe ergeben (bzw. bei tariflosem Zustand aus den „maßgebenden orts- oder gewerbeüblichen Betriebsvereinbarungen“, s. hierzu Ziffer 5.3 des Wartungsvertrags).

Neben diesen Angaben waren in die beiden Vertragsformulare der Name des Bieters, das Datum des Angebots und die Höhe der jeweiligen Pauschalvergütungen (brutto und netto) einzutragen.

Die Beigeladene (Bg) und die Antragstellerin (ASt) gaben fristgerecht ein Angebot ab. Dem Angebot der ASt war u.a. das von ihr unterzeichnete Angebotsschreiben (Formblatt 213 VHB) und das von ihr bepreiste Leistungsverzeichnis beigefügt. Ziffer 1 dieses Schreibens lautet:

„Ich/Wir biete(n) die Ausführung der oben genannten Leistung zu den von mir/uns eingesetzten Preisen an.
An mein/unser Angebot halte(n) ich/wir mich/uns bis zum Ablauf der Bindefrist gebunden.“

und Ziffer 8:

„Ich/Wir erkläre(n), dass
- ich/wir den Wortlaut der vom Auftraggeber verfassten Langfassung des Leistungsverzeichnisses als alleinverbindlich anerkenne(n).
(...)“

Unter Ziffer 2 dieses Formblatts („Angebotsendsumme des Hauptangebotes“) hatte die ASt einen Preis eingetragen und unter Ziffer 2.1 („Gesamtsumme der jährlichen Vergütung gem. Instandhaltungsvertrag“) die Vergütung, die sie laut den im Nachprüfungsverfahren der Vergabekammer vorgelegten Verträgen für die Wartung und Inspektion und für die Störungsbeseitigung i.S.d. Ergänzungsvertrags verlangt. In einer Fußnote zu Ziffer 2.1 des Formblatts 213 VHB war vorgesehen, dass bei mehreren Instandhaltungsverträgen die Summe der jährlichen Vergütungen anzugeben ist. Der Wartungsvertrag sowie der Ergänzungsvertrag für Störungsbeseitigung ist in dem der Vergabekammer von der Ag mit den Vergabeakten überreichten Angebot der ASt nicht enthalten.

Der Angebotspreis der ASt i.S.d. Ziffern 2 und 2.1 ihres Angebotsschreibens liegt unter dem der Bg. Als einziges Zuschlagskriterium ist vorliegend der Angebotspreis vorgesehen; dieser wird aus den Angebotssummen unter Berücksichtigung u.a. der Angebote für Instandhaltung ermittelt (s. Ziffer 6 der Angebotsaufforderung).

Mit Schreiben vom 9. November 2017 informierte die Ag die ASt darüber, dass der Zuschlag auf das Angebot der Bg erteilt werden solle. Das Angebot der ASt werde ausgeschlossen, da es unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen enthalte, denn die ASt habe mit ihrem Angebot nicht die ausgefüllten und unterschriebenen Vertragsformulare „Wartung und Inspektion“ und „Ergänzungsvertrag für Störungsbeseitigung“ vorgelegt.

Der Rüge der ASt vom 13. November 2017, dass ihr Angebot vollständig gewesen und der Angebotsausschluss daher vergaberechtswidrig sei, half die Ag nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 17. November 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden, die angeblich fehlenden Angebotsteile müssten im Machtbereich der Ag verschwunden sein.

Entgegen der Auffassung der Ag sei das Angebot der ASt nicht unvollständig gewesen, sondern habe auch das Vertragsformular für Wartung und Inspektion und den „Ergänzungsvertrag für Störungsbeseitigung“ enthalten und sei so von einem Mitarbeiter der ASt persönlich bei der Ag abgegeben worden. Die ASt trägt vor, dass sie routiniert sei im Umgang mit Angebotsabgaben bei öffentlichen Vergaben und schon seit mehreren Jahren ein QM-System habe, nach dem es ausgeschlossen sei, dass Vertragsbestandteile, die mit dem Angebot abgegeben werden sollten, nicht abgegeben werden. Wie auch sonst hätten vorliegend zwei Mitarbeiter der ASt unabhängig voneinander überprüft, ob alle geforderten Unterlagen im abzugebenden Angebot enthalten seien; der Zweitprüfende habe hieraufhin das Angebot versandfertig gemacht und in einen Briefumschlag getan. Zum Beleg legt die ASt eine von ihren Mitarbeitern ausgefüllte und unterschriebene „Checkliste zur Abgabe eines Angebotes“ vor, in der in der Zeile „Unterlagen, die, soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind“ u.a. das dafür vorgesehene Feld für „Vertragsformular für Instandhaltung + Ergänzungsvertrag“ angekreuzt wurde. Außerdem erklärt einer ihrer Mitarbeiter in einer schriftlichen „Eidesstattlichen Versicherung“, dass „alle im Formblatt 213 benannten Anlagen vollständig und ausgefüllt unserem Angebot (...) an die [Ag] beilagen“.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 160 Abs. 1 GWB wegen Verstoßes gegen Vergabevorschriften bei der Durchführung des Vergabeverfahrens „Bauvorhaben [...]“, Vergabentr. [...];
2. der Ag zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen;

3. die Ag anzuweisen, eine neue Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Auslagen der ASt aufzuerlegen;
5. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt notwendig war;
6. der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten der Ag zu gewähren.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag wird abgelehnt.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag wird für notwendig erklärt.

Auf das Aufklärungsersuchen der Vergabekammer zur Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes trägt die Ag vor, dass sie ein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB sei, weil die Tatbestandsvoraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB nicht erfüllt seien, es sich bei der verfahrensgegenständlichen Baumaßnahme um die Errichtung eines Schulgebäudes handle und dieses Vorhaben zu mehr als 50% vom Bund finanziert werde. Die Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes ergebe es sich daher § 156 Abs. 1, § 159 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

In der Sache bestreitet die Ag, dass das Angebot der ASt vollständig gewesen sei. Nachdem ein Bote der ASt das Angebot persönlich am Tag der Angebotsöffnung bei der Ag abgegeben habe, habe die betreffende Mitarbeiterin der Ag den ungeöffneten Umschlag mit einem Eingangsvermerk versehen, das Angebot bis kurz vor der Angebotsöffnung unter Verschluss genommen und es dann persönlich sofort in den für die Submission vorgesehenen Raum gebracht. Bei der Öffnung der Angebotsumschläge hätten alle drei anwesenden Personen (zwei Mitarbeiter der Ag sowie ein Mitarbeiter der Auftragsberatungsstelle [...]) übereinstimmend festgestellt, dass im Angebotsumschlag der ASt die Vertragsformulare für Wartung und Inspektion sowie für die Störungsbeseitigung fehlten. Laut den von der Ag vorgelegten „Eidesstattlichen Versicherungen“ dieser drei Personen sei ihnen dies aufgefallen, weil die jeweiligen Angebotssummen häufig fehlerhaft

in das Angebotsschreiben (Formblatt 213 VHB) übertragen werden würden und die Preisangaben der ASt im Angebotsschreiben zur Instandhaltung nicht anhand der Einzelverträge hätten nachvollzogen werden können.

Die Ag meint, dass die ASt mangels Beifügung der gemäß dem Formblatt 211 EU und Ziffern 4.7 und 4.8. des LV geforderten Verträge für die Wartung und Inspektion sowie für die Störungsbeseitigung kein wirksames Gesamtangebot abgegeben habe, sondern eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbiete. Dieses Angebot sei daher gemäß § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A auszuschließen. Auch wenn die ASt die Gesamtsumme der für die Instandhaltungsverträge geforderten Vergütungen unter Punkt 2.1 des Formblatts 213 eingetragen habe, fehle es am diesem Angebot zugrundeliegenden Leistungsumfang und damit der essentialia negotii.

Schließlich vertritt die Ag die Auffassung, dass die fehlenden Vertragsunterlagen auch nicht von der ASt nachgefordert werden könnten, weil § 16a EU S. 1 VOB/A eine solche Nachforderung nur zulasse, wenn das betreffende Angebot nicht wie hier nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A ausgeschlossen werde.

- c) Mit Beschluss vom 28. November 2017 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese hat sich am Verfahren nicht schriftsätzlich beteiligt und auch nicht an der mündlichen Verhandlung teilgenommen.

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

In der mündlichen Verhandlung am 8. Dezember 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet, weil die Ag das Angebot der ASt zu Unrecht ausgeschlossen hat. Denn selbst wenn man unterstellt, dass das Angebot der ASt die geforderten Vertragsformulare nicht enthalten hat, hätte es nicht ausgeschlossen werden dürfen. Die Ag hätte die fehlenden Unterlagen nachfordern müssen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, vor allem sind die Vergabekammern des Bundes für die Nachprüfung dieses Vergabeverfahrens zuständig (dazu unter a)) und auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt (dazu unter b)).

a) Die Vergabekammern des Bundes sind für die vorliegende Nachprüfung gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 4 GWB zuständig, weil es sich bei der Ag um einen öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB handelt (dazu unter aa)) und der Bund die Mittel für das streitgegenständliche Vergabeverfahren überwiegend bewilligt hat (dazu unter bb)).

aa) Die Voraussetzungen des § 99 Nr. 4 GWB sind vorliegend erfüllt.

Die Ag ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts (s. § 90 Abs. 1 HwO, § 1 Abs. 2 der Satzung der Ag), die nicht unter § 99 Nr. 2 GWB fällt. Sie wurde zwar zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, indem sie insbesondere die Interessen des Handwerks fördert und die Aus- und Fortbildung in handwerklichen Berufen regelt, fördert und durchführt (§ 91 Abs. 1 HwO, § 2 der Satzung der Ag). Jedoch wird sie nicht von Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB überwiegend finanziert i.S.d. § 99 Nr. 1 lit. a) GWB. Bei dem ihr kraft Bundesgesetzes (§ 113 HwO) eingeräumten Recht, von ihren Zwangsmitgliedern Beiträge zu erheben, verfügt eine Handwerkskammer über eine erhebliche organisatorische und haushalterische Autonomie, so dass insoweit die erforderliche „Staatsnähe“ fehlt. Denn eine Handwerkskammer darf ihren Haushalts- bzw. Wirtschaftsplan und damit das Wesen und den Umfang der von ihr zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgeübten Tätigkeiten selbst festlegen (§ 106 Abs. 1 Nr. 4 HwO, § 37 Abs. 3 der Satzung der Ag) und auch der Beitragsmaßstab wird nicht wie für § 99 Nr. 1 lit. a) GWB erforderlich von einer der dort genannten staatlichen Stellen festgelegt, sondern durch die mit ihren eigenen beitragspflichtigen Mitgliedern besetzte Vollversammlung (§ 106 Abs. 1 Nr. 5, § 93 Abs. 1 HwO, § 9 Abs. 1 Nr. 5, § 4 Abs. 1

der Satzung der Ag) (vgl. EuGH, Urteil vom 12. September 2013, Rs. C-526/11, Rz. 25 ff. und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2015, VII-Verg 35/14 (beide zu den deutschen Ärztekammern); VK Sachsen, Beschluss vom 12. November 2015, 1/SVK/033-15 (zu Industrie- und Handelskammern)). Dass die zuständige Aufsichtsbehörde den Beitragsmaßstab sowie den Haushalts- bzw. Wirtschaftsplan genehmigen muss (§ 113 Abs. 1, § 106 Abs. 2 HwO, § 9 Abs. 2 bzw. § 37 Abs. 3 der Satzung der Ag) steht dem nicht entgegen, weil sich die betreffende Prüfung gemäß § 115 Abs. 1 HwO, § 40 der Satzung der Ag auf eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt (vgl. EuGH, aaO., Rz. 27; VK Sachsen, aaO.). Des Weiteren unterliegt die Leitung der Ag nicht der Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB i.S.d. § 99 Nr. 2 lit. b) GWB. Denn die Rechtsaufsicht, der die Ag gemäß § 115 HwO, § 40 ihrer Satzung unterliegt, findet nur nachträglich statt. Es gibt also keine Kontrolle oder sonstige staatliche Beeinflussungsmöglichkeit der laufenden Tätigkeiten der Ag, insbesondere deren konkreter Beschaffungsentscheidungen, so dass nicht die Gefahr besteht, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Ag staatlicherseits beeinflusst werden kann (vgl. zum Gesetzeszweck dieser Regelung EuGH, aaO., Rz. 20, 29; EuGH, Urteil vom 27. Februar 2003, Rs. C-373/00, Rz. 70 ff.; VK Sachsen, aaO., Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 99 GWB, Rz. 74, 96 m.w.N.). Schließlich sind die Voraussetzungen des § 99 Nr. 2 lit. c) GWB nicht erfüllt, weil die zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe der Ag nicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB bestimmt worden sind.

Auch die weitere Voraussetzung des § 99 Nr. 4 GWB ist vorliegend erfüllt, da der verfahrensgegenständliche Auftrag die Errichtung von Schulgebäuden betrifft. Die in § 99 Nr. 4 GWB genannten Auftragsgegenstände sind zwar abschließend aufgelistet worden, aber inhaltlich weit auszulegen (Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 99 GWB, Rz. 124 ff. m.w.N.). Als „Schulgebäude“ sind daher auch solche Gebäude zu verstehen, in denen Personen im Rahmen ihrer handwerklichen Berufsausbildung den praktischen und theoretischen Berufsschulunterricht wahrnehmen, so wie es hier bei dem neu zu errichtenden Bildungszentrum des [...] der Fall sein wird.

Drittens erhält die Ag ausweislich der der Vergabekammer vorliegenden Fördermittelbescheide für den verfahrensgegenständlichen Auftrag vom Bund, also

von einer Stelle, die unter § 99 Nr. 1 GWB fällt, finanzielle Mittel, mit denen dieses Vorhaben zu mehr als 50% subventioniert wird.

bb) Da kein Bundesland, sondern der Bund mehr als 50% der Mittel für das streitgegenständliche Vergabeverfahren bewilligt hat, ist der vorliegende Auftrag dem Bund zuzurechnen, so dass gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 4 GWB die Vergabekammern des Bundes für die Nachprüfung zuständig sind.

b) Gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags im Übrigen bestehen keine Bedenken.

Insbesondere ist die ASt gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Denn sie hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebots dokumentiert und behauptet – indem sie sich gegen den Ausschluss ihres Angebots wendet – schlüssig die Verletzung in eigenen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften. Da sie den niedrigsten Preis angeboten hat, droht der ASt infolgedessen auch ein Schaden zu entstehen, da sie angesichts des einzigen Zuschlagskriteriums „Preis“ ohne den Ausschluss gute Chancen hätte, den Zuschlag zu erhalten.

Die Rüge der ASt ist ebenfalls rechtzeitig erfolgt, nämlich am 13. November 2017 und damit innerhalb einer Frist von weniger als zehn Kalendertagen, nachdem ihr am 9. November 2017 von der Ag mitgeteilt worden war, dass ihr Angebot ausgeschlossen wurde.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, weil das Angebot der ASt zu Unrecht ausgeschlossen wurde. Zwar mussten die Bieter vorliegend nicht nur ein Angebot über bestimmte schweißtechnische Leistungen wie die Installation von Rohrleitungsnetzen für Technische Gase abgeben, sondern auch über die Wartung, Instandhaltung und Störungsbeseitigung an technischen Anlagen und Einrichtungen der Ag (dazu unter a)). Hierzu waren mit dem Angebot auch die entsprechend ausgefüllten Vertragsmuster vorzulegen (dazu unter b)). Unabhängig davon, ob dies beim Angebot der Fall war, hat die ASt jedoch - anders als die Ag meint - alle ausgeschriebenen Leistungen angeboten, auch wenn die geforderten Vertragsformulare ihrem Angebot nicht beigelegt haben sollten (dazu unter c)). Selbst wenn die geforderten Vertragsmuster tatsächlich gefehlt haben sollten, hätte die Ag das Angebot der ASt erst dann ausschließen dürfen, wenn sie diese Unterlagen erfolglos von der ASt gemäß § 16a EU VOB/A nachgefordert hat (dazu unter d)). Auch sonst besteht kein Grund, das Angebot der ASt

auszuschließen, auch wenn sie die Vertragsformulare nicht vorgelegt haben sollte (dazu unter e)).

- a) Der Auftragsumfang ist zwischen den Verfahrensbeteiligten unstrittig. Hiernach waren vorliegend nicht nur bestimmte schweißtechnische Leistungen i.S.d. Leistungsbeschreibung ausgeschrieben, sondern auch die Wartung, Instandhaltung und Störungsbeseitigung an technischen Anlagen und Einrichtungen der Ag.

Dies ergibt sich eindeutig aus Buchstabe C der Angebotsaufforderung (Formblatt 211 EU VHB), aus dem den Vergabeunterlagen beiliegenden Formblatt 242 VHB (Ziffer 2), in dem die Bieter noch einmal besonders zur Abgabe eines Angebots für den Angebotsteil „Instandhaltung“ aufgefordert wurden, und aus Ziffern 4.7 und 4.8 LV, wonach sowohl der Wartungs- als auch der Ergänzungsvertrag zur Störungsbeseitigung „Bestandteil des Angebots“ sind und die Auftragserteilung vom Vorliegen eines Wartungsangebotes und eines Ergänzungsvertrags zur Störungsbeseitigung abhängig gemacht wird. Dass alle diese Leistungen Angebotsbestandteil sein sollen, wird zudem durch Ziffer 4 des Formblatts 242 VHB bestätigt, unter der die Ag die Bieter darauf hingewiesen hat, dass das Angebot „insgesamt“ ausgeschlossen werden würde, auch wenn nur der „Angebotsteil Instandhaltung nicht wertbar“ sei.

- b) Wie Buchstabe C der Angebotsaufforderung (Formblatt 211 EU VHB) zu entnehmen ist, waren mit dem Angebot u.a. das Vertragsformular für Wartung und Inspektion sowie der Ergänzungsvertrag für Störungsbeseitigung vorzulegen.

Auch dies ist zwischen den Verfahrensbeteiligten unstrittig; Streit besteht lediglich darüber, ob diese Vertragsformulare tatsächlich dem Angebot der ASt beilagen oder nicht. Hierzu liegen gegenteilige Aussagen der Mitarbeiter der ASt, die ihr Angebot erstellt, versandfertig gemacht und der Ag übergeben haben, und der Personen vor, die für die Ag die Angebotsumschläge geöffnet haben. Vorliegend lässt sich daher der tatsächliche Inhalt des Angebotsumschlags der ASt nicht abschließend aufklären. Unabhängig davon, dass die ASt in einem solchen Fall die Beweislast trägt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. November 2003, Verg 47/03), spricht vorliegend angesichts der drei in sich widerspruchsfreien, nachvollziehbaren und miteinander übereinstimmenden Aussagen der Personen, die die Angebotsumschläge geöffnet haben und von denen eine von einer

unabhängigen Person aus der Auftragsberatungsstelle [...] stammt, mehr für die Version der Ag.

- c) Im Ergebnis kann jedoch offen bleiben, ob die geforderten Vertragsformulare tatsächlich dem Angebot der ASt beigelegt waren, denn bereits aus den der Ag unstrittig vorliegenden Angebotsunterlagen der ASt geht hervor, dass diese auch die ausgeschriebenen Wartungs-, Inspektions- und Störungsbeseitigungsleistungen anbietet. Das Angebot der ASt umfasst also alle Leistungen, die die Ag ausgeschrieben hat, und ist deshalb entgegen der Auffassung der Ag nicht wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen gemäß § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A auszuschließen.

Denn dass die ASt ausschreibungskonform sämtliche geforderten Leistungen anbietet, ergibt sich bereits aus dem Angebotsschreiben (Formblatt 213 VHB). Dies ist gemäß §§ 133, 157 BGB aus maßgeblicher Sicht eines objektiven, sachkundigen Empfängers so auszulegen, dass es alle von der Ag ausgeschriebenen Leistungen abdeckt. Die ASt hat in Ziffern 1 und 8 des Angebotsschreibens nämlich die Ausführung der im Leistungsverzeichnis benannten Leistungen mit ihrer Unterschrift bestätigt (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juli 2008, VII-Verg 22/08). Hieran ist die ASt gemäß Ziffer 1 desselben Formblatts und § 145 BGB jedenfalls bis zum Ablauf der Bindefrist gebunden.

Der Preis, den die ASt für die Wartungs-, Inspektions- und Störungsbeseitigungsleistungen verlangt, lag ebenfalls mit ihrem Angebot vor, auch wenn die entsprechenden Verträge nicht beigelegt gewesen sein sollten. Denn in Ziffer 2.1 ihres Angebotsschreibens (Formblatt 213 VHB) hatte die ASt den Gesamtpreis für diese Leistungen eingetragen, der sich aus den von ihr der Vergabekammer vorgelegten Einzelverträgen ergibt. Damit hat sich die ASt genau an die entsprechenden Vorgaben der Ag gehalten, hier die jährliche Vergütung „gem. Instandhaltungsvertrag“ einzutragen, die sich laut der entsprechenden Fußnote bei mehreren Verträgen aus der entsprechenden Summe der Einzelverträge ergibt. Denn „Instandhaltung“ ist nach dem Sprachgebrauch der Ag der Oberbegriff für alle hier ausgeschriebenen Leistungen, also Wartung, Inspektion und Störungsbeseitigung. Dies ergibt sich aus dem Formblatt 242 VHB, das mit „Instandhaltung“ überschrieben ist und den Angebotsgegenstand um die Leistungen Inspektion, Wartung und Störungsbeseitigung ergänzt.

Demgegenüber hatte die Beifügung der entsprechenden Verträge bzgl. des Bindungswillens der ASt keinen weitergehenden Erklärungswert. Anders als die Ag meint, war ohne die beiden Verträge auch nicht der Umfang der von der ASt angebotenen Leistungen unklar. Denn der konkrete Inhalt der anzubietenden Wartungs-, Inspektions- und Störungsbeseitigungsleistungen war von der Ag verbindlich vorgegeben und von den Bietern „ohne Änderungen anzubieten“. D.h. auch ohne die Verträge und Arbeitskarten konnte das Angebot der ASt objektiv nicht so verstanden werden, dass sie die darin vereinbarten Leistungen nicht wie ausgeschrieben anbietet (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juli 2008, VII-Verg 22/08). Dies unterscheidet den vorliegenden Fall im Übrigen von den Entscheidungen des OLG Dresden und der VK Westfalen, auf die sich die Ag bezieht, um den Ausschluss des Angebots der ASt wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen zu begründen: Hier fehlten den jeweiligen Angeboten die Arbeitskarten, in denen die Bieter den Umfang der von ihnen angebotenen Wartungsleistungen selbst eintragen sollten (s. OLG Dresden, Beschluss vom 21. Februar 2012, Verg 1/12; vgl. auch OLG Rostock, Beschluss vom 30. Juni 2010, 17 Verg 2/10) bzw. Angaben zum Hersteller des angebotenen Produkts (vgl. VK Westfalen, Beschluss vom 9. Juni 2017, VK1-12/17), so dass der öffentliche Auftraggeber nicht prüfen konnte, ob der betreffende Bieter die ausgeschriebenen Anforderungen erfüllt.

Vorliegend besteht also objektiv kein Anlass für die Ag, daran zu zweifeln, dass das Angebot der ASt vollumfänglich den ausgeschriebenen Vorgaben entspricht. Auch wenn nach den Erfahrungen der Ag viele Bieter die Preise der Einzelverträge fehlerhaft in das Angebotsschreiben übertragen, kann die Ag (wie gerade der vorliegende Fall beweist) nicht zu Lasten der ASt unterstellen, dass diese ebenso verfahren ist, bloß weil diese zum Abgleich nicht die entsprechenden Einzelverträge vorgelegt hat. Allenfalls hätte die Ag bei der ASt aufklären müssen, welche Leistungen die entsprechende Preisangabe umfasst, aber keinesfalls durfte sie deren Angebot ohne Weiteres ausschließen (vgl. zur Aufklärungspflicht eines öffentlichen Auftraggebers bevor er ein Angebot aus formalen Gründen ausschließt: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Mai 2016, VII-Verg 50/16 m.w.N).

- d) Angesichts der vorstehenden Ausführungen bestand kein Anlass, das Angebot der ASt auszuschließen. Selbst wenn man unterstellt, dass dem Angebot der ASt die geforderten Vertragsformulare nicht beigefügt waren, hätte die Ag diese Unterlagen von der ASt nachfordern müssen. Denn da kein Ausschlussgrund nach § 16 EU Nr. 1 und 2 VOB/A

vorliegt (vor allem nicht i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen, vgl. oben unter c)), ist vorliegend § 16a EU VOB/A anwendbar. Hiernach darf ein Angebot, in dem geforderte Erklärungen und Nachweise fehlen, erst dann ausgeschlossen werden, wenn diese Unterlagen vom Auftraggeber nachgefordert wurden und vom Bieter nicht innerhalb der Frist von sechs Kalendertagen vorgelegt wurden.

- e) Auch sonst besteht kein Grund, das Angebot der ASt auszuschließen, auch wenn sie die Vertragsformulare nicht vorgelegt haben sollte. Vor allem nicht wegen fehlender Preisangaben, da die ASt alle Preise wie gefordert in das Angebotsschreiben (Formblatt 213 VHB) eingetragen hat (s.o. unter c)).

Zwar kann die Ag ohne die vorzulegenden Verträge nicht feststellen, wie sich der in Ziffer 2.1 einzutragende Gesamtpreis für die angebotenen Instandhaltungsleistungen konkret auf die Wartungs- und Inspektionsleistungen einerseits und die Leistungen im Rahmen der Störungsbeseitigung andererseits verteilt. Dies war jedoch nicht wertungsrelevant, weil alle Preise gleichmäßig bei der Wertung berücksichtigt werden sollten. Auf die spätere Vertragsdurchführung wirkt sich die konkrete Höhe der jeweiligen Einzelpreise ebenfalls nicht aus, weil es sich insoweit um Pauschalpreise handelte.

Die einzige Preisangabe, die der Ag bisher fehlt, falls das Angebot der ASt den geforderten Wartungsvertrag nicht enthielt, war der Stundenlohn der maßgebenden Lohngruppe anhand dem gemäß Ziffer 5.3 dieses Vertrags die vereinbarte jährliche Vergütung nach 24 Monaten Vertragslaufzeit an etwaige Lohnänderungen angepasst werden kann. Auch dies führt jedoch nicht dazu, dass das Angebot der ASt deshalb ohne Nachforderung der fehlenden Vertragsunterlagen auszuschließen ist. Denn ausweislich der Vergabeakte ist der hier angegebene Stundenlohn jedenfalls in die Wertung des Angebots der Bg nicht eingeflossen, er war also nicht wertungsrelevant. Zudem waren die Bieter bei der betreffenden Lohnangabe nicht frei, sondern an die einschlägigen Tariflöhne (bzw. an etwaige übliche Betriebsvereinbarungen) gebunden, die die Ag auch ohne entsprechende Bieterangaben ermitteln und in die von ihr vorgegebene Berechnungsformel eintragen kann. Wenn die ASt diese Angaben erst später nachreicht, besteht also nicht die Gefahr, dass sie ihr Angebot im Nachhinein zu ihren Gunsten preislich manipuliert. Mangels Wertungsrelevanz und nachträglicher Manipulationsgefahr besteht mithin kein Anlass, das Angebot der ASt wegen dieser (unterstellt:) fehlenden Angabe auszuschließen - der Schutzzweck der Regelungen, dass nur Angebote mit vollständigen Angaben zu werten

sind, ist nicht tangiert, wenn die Angebote vergleichbar und alle Bieter nach transparenten und vorhersehbaren Kriterien gleichermaßen bewertet werden (vgl. hierzu Dicks, Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl., zu § 16 EG VOB/A, Rz. 36, 43).

3. Da das Angebot der ASt zu Unrecht ausgeschlossen wurde, darf die Ag auf der Grundlage ihrer bisherigen Wertung keinen Zuschlag erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht muss die Ag die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebots der ASt und der auf entsprechende Nachforderung nachgereichten Verträge neu werten.

Abschließend weist die Vergabekammer darauf hin, dass Bedenken dagegen bestehen, dass das Angebot der Bg wertungsfähig ist. Denn diese hat in Ziffer 9.2 des Wartungsvertrags entgegen den ausdrücklichen Vorgaben der Ag eine eigene Eintragung vorgenommen, die sich kostenmäßig zu Lasten der Ag auswirkt.

III.

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

Die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die ASt war notwendig. Denn durch den Nachprüfungsantrag wurden nicht nur einfach gelagerte, auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen, sondern hierüber hinausgehende grundlegende Fragen zur Beweislast hinsichtlich der Vollständigkeit von Angeboten und zum Ausschluss von Angeboten, so dass für einen Bieter die Hinzuziehung eines spezifisch vergaberechtlichen Sachverständigen geboten erscheint, um seine Rechte hinreichend wahrnehmen zu können (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13).

Da sich die Bg nicht am Verfahren beteiligt hat, hat sie kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und somit kein Prozesskostenrisiko auf sich genommen. Sie ist daher nicht als unterliegende Partei anzusehen und nicht an den Kosten des Verfahrens oder den Aufwendungen der ASt zu beteiligen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

IV.

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

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

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

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

Behrens

Dr. Dittmann