



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 55/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „*Neubau* [...]“, Gewerk „*Technische Gase*“, Vergabenummer [...], EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Demharter gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3, 1. Alt GWB nach Lage der Akten am 18. Juli 2018 beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, in dem Vergabeverfahren „*Neubau* [...]“, Gewerk „*Technische Gase*“, Vergabenummer [...], EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...] sowie [...]

(Vorinformation), einen Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Der Antragsgegner (Ag) führt derzeit im Rahmen der Baumaßnahme „*Neubau* [...]“ ein europaweites offenes Verfahren zur Vergabe des Gewerks „*Technische Gase*“, Vergabenummer [...], EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...] sowie [...] (Vorinformation), 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 die Errichtung mehrerer Gebäude, eines Institutsgebäudes für Forschungszwecke und eines Energie- und Parkgebäudes. Das verfahrensgegenständliche Gewerk „*Technische Gase*“ beinhaltet die Errichtung und Instandhaltung einer Druckluftanlage und den Anschluss einer Tankanlage für Flüssigstickstoff und Argon.

Der Neubau wird überwiegend aus Bundesmitteln bzw. aus Europäischen Fördermitteln, die unter Verwaltung des Bundes stehen, finanziert. So erfolgt die Finanzierung zu 25% aus Mitteln des Bundeswirtschaftsministeriums und zu 50% aus Mitteln des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE), die über das Bundeswirtschaftsministerium vergeben werden.

In den Vergabeunterlagen, die den Bietern übersandt wurden, lagen mehrere Formblätter aus dem VHB Bund (Stand April 2016) bei. Ausweislich der Angebotsaufforderung (Formblatt 211 EU) war das Formblatt 242 „*Instandhaltung*“ im Vergabeverfahren zu beachten (vgl. Buchstabe A, Formblatt 211 EU) und u.a. die Formblätter 213 „*Angebotsschreiben*“, 221/222 „*Angaben zur Preisermittlung*“ sowie das Vertragsformular „*Vertrag für Wartung und Inspektion nach AMEV*“ (nachfolgend „*Wartungsvertrag*“) ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen (vgl.

Buchstabe C, Formblatt 211 EU). Dem Wartungsvertrag war als Anhang die vom Bieter nicht weiter auszufüllende Arbeitskarte „KG 473 Druckluftversorgungsanlagen“ beigefügt worden.

Gemäß Ziffer 1 des Wartungsvertrages sind „Wartung und Inspektion“ sowie „kleine Instandsetzungsarbeiten an den technischen Anlagen und Einrichtungen“ Gegenstand des Vertrages“.

Nach Ziffer 2.1 i.V.m. 12 des Wartungsvertrags werden die in der Arbeitskarte KG 473 genannten Leistungen auf den Auftragnehmer übertragen und Vertragsbestandteil. Dies umfasst nach Ziffer 2.2 auch Instandsetzungsarbeiten, „die zur Wiederherstellung des Sollzustandes unerlässlich, nicht ohnehin in der Arbeitskarte erfasst sind und den normalerweise zu erwartenden Zeitaufwand für die Wartung nicht erhöhen.“

Über andere Instandsetzungsarbeiten ist gemäß Ziffer 2.3 des Wartungsvertrags ein gesonderter Vertrag zu schließen.

Ziffer 2.4 des Wartungsvertrags verpflichtet den Auftragnehmer Störungen, die die Anlagensicherheit oder Gebäudenutzung beeinträchtigen unverzüglich „auch außerhalb der regelmäßigen Wartungstermine“ zu beseitigen.

Laut Ziffer 4.2 ist der Auftragnehmer bei der Ausführung der „besonders zu vergütenden Leistungen nach Nr. 2.4“ verpflichtet, „Zeitaufwand, Namen und Lohn- bzw. Berufsgruppen (z.B. Monteur) des eingesetzten Personals sowie verwendete Hilfs- und Betriebsstoffe anzugeben.“

Unter Ziffer 5.1 „Vergütung“ des Wartungsvertrags war eine „jährliche Vergütung“ für die in der Arbeitskarte KG 473 vorgesehenen Arbeiten anzugeben.

Weiter wurde spezifiziert, dass mit dieser Vergütung die Wartung gemäß Ziffer 2.1 und bestimmte Leistungen der Instandsetzung nach Ziffer 2.2 des Wartungsvertrags abgegolten werden.

Unter Ziffer 5.2. des Wartungsvertrags war anzugeben, wie Leistungen nach Ziffer 2.4 (Störungsbeseitigung) gesondert zu vergüten waren. Hierzu waren die Stundenverrechnungssätze des eingesetzten Personals (Obermonteur, Monteur, Helfer), Zuschläge, Fahrtkosten und Kilometer-Pauschalen anzugeben.

Nach Ziffer 5.3 des Wartungsvertrags gilt die unter Ziffer 5.1 anzugebende Vergütung für eine Vertragslaufzeit von 24 Monaten als Festpreis. Sofern sich nach Ablauf dieser Frist der maßgebende Lohn ändert, so kann die Vergütung auf Verlangen jedes Vertragspartners nach einer festgelegten Preisgleitklausel angepasst werden. Hierzu waren vom Bieter der

„Lohnkostenanteil“ und der „Lohn der maßgebenden Lohngruppe bei Vertragsangebot“ anzugeben. Weiterhin waren der maßgebende Tarifvertrag und die Lohngruppe anzugeben. Weiter heißt es: „*bei tariflosem Zustand gelten die maßgebenden ort- und gewerbeüblichen Betriebsvereinbarungen*“.

Die Laufzeit des Wartungsvertrags beginnt gemäß Ziffer 8.1 an dem der Abnahme folgenden Tag und beträgt vier Jahre. Eine Verlängerung des Vertrags ist nicht vorgesehen.

Das für die Erstellung des Angebotsschreibens vorgesehene Formblatt (Formblatt 213 EU) enthielt auf Seite 1 eine Checkliste, in der vom Bieter die beizufügenden Anlagen anzukreuzen waren. Als beizufügende Anlagen waren u.a. vorgesehen: das „Leistungsverzeichnis“, das „Vertragsformular für Instandhaltung mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen“ sowie das Formblatt 221 oder 222 „Angaben zur Preisermittlung“ (vgl. Seite 1 Formblatt 213 EU). Unter Ziffer 2 Formblatt 213 war die „Angebotsendsumme des Hauptangebots gemäß Leistungsbeschreibung“ und in Ziffer 2.1 die „Gesamtsumme der jährlichen Vergütung gem. Instandhaltungsvertrag“ einzutragen.

Unter Ziffer 1 erklärt der Bieter die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen zu den eingesetzten Preisen anzubieten und sich an dieses Angebot bis zum Ablauf der Bindefrist zu binden. Ziffer 8 enthält die Erklärung, dass der Bieter das auszufüllende Leistungsverzeichnis „*als alleinverbindlich anerkenne*“.

Im Formblatt 221 „Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation“ war der Verrechnungslohn aufgeschlüsselt (Mittellohn, lohngedundene und Lohnnebenkosten nebst Zuschlag) anzugeben.

Mit dem Formblatt 242 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, und Wartung*“ (s. Ziffer 2 Formblatt 242).

Laut Ziffer 3 dieses Formblatts waren „*im Vertragsformular und in Anlage zum Vertragsformular [...] die geforderte Vergütung und die dazu geforderten Angaben einzutragen.*“ Weiterhin sieht Ziffer 3 vor, dass „*die in der/den beigefügte/n Arbeitskarte/n beschriebenen Leistungen ohne Änderungen anzubieten*“ sind.

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.

Weiter heißt es:

„Der Angebotswertung werden die angebotenen Preise für die vertraglich vorgesehene Laufzeit zugrunde gelegt. Bei einer Laufzeit bis zu 5 Jahren erfolgt dies ohne Anwendung eines Barwertfaktors (statische Berechnung: Instandhaltungskosten/Jahr x Laufzeit).“

Im Leistungsverzeichnis waren unter Ziffer 04.01.0010 bis 0040 von den Bietern Angaben zu den Stundenlohnsätzen für den Einsatz eines Obermonteurs, Monteurs, Helfers und Auszubildenden einschließlich sämtlicher Kosten/Zuschläge vorzunehmen.

Gemäß Ziffer II.2.5 der Auftragsbekanntmachung war der Preis das alleinige Zuschlagskriterium. Die Angebotsaufforderung (Formblatt 211 EU) präziserte dies unter Ziffer 6 dahingehend: *„Der Preis wird aus der Wertungssumme des Angebots ermittelt. Die Wertungssummen werden ermittelt aus den nachgerechneten Angebotssummen, insbesondere unter Berücksichtigung von Nachlässen, Erstattungsbetrag aus der Lohnleitklausel, Instandhaltungsangeboten.“*

Die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) gaben jeweils fristgerecht ein Angebot ab. Nach der Öffnung der Angebote durch den Ag, die am 4. Mai 2018 erfolgte, wurde von dieser festgestellt, dass das Angebot der ASt nicht den Wartungsvertrag enthielt und zwar – weder in der zur Vergabeakte genommenen Papierform des Angebots noch in der unmittelbar nach Öffnung des Angebots eingescannten elektronischen Fassung.

Das Angebot der ASt enthielt jedoch als Angebotsschreiben das vollständig ausgefüllte und unterschriebene Formblatt 213 einschließlich der unter Ziffer 2.1 anzugebenden Gesamtsumme der jährlichen Vergütung gem. Instandhaltungsvertrag. Außerdem ein vollständig ausgefülltes Leistungsverzeichnis einschließlich der unter Ziffer 04.01.0010 bis 0040 geforderten Angaben zu Stundenlohnsätzen. Weiterhin hatte die ASt ihrem Angebot das Formblatt 221 mit den Angaben zum Verrechnungslohn vollständig ausgefüllt beigelegt.

In der im Submissionstermin am 4. Mai 2018 erstellten Liste der Angebote war das Angebot der ASt das günstigste und zwar sowohl hinsichtlich der Angebotssumme für den Auftragsteil der Errichtung der Druckluftanlage als auch hinsichtlich des jährlichen Festpreises für die Instandhaltung (Niederschrift über die Eröffnung der Angebote vom 4. Mai 2018). Im Vergabevermerk *„Durchsicht (Preisspiegel und 1. Sichtung)“* vom 7. Mai 2018 wurde

festgehalten, dass der Instandhaltungsvertrag nicht vorliegt. Hierzu wurde angemerkt: *„Der Preis für die Wartung ist lediglich in FB 213 angegeben, der AMEV-Vertrag liegt nicht vor. → Der Bieter wird ausgeschlossen.“*

Ein vom Ag mit der Wertung der Angebote beauftragtes Planungsunternehmen („*Planer*“) stellte im Vermerk *„Wertung der Angebote – Vergabevorschlag“* vom 28. Mai 2018 (*„Wertungsvermerk“*) lediglich den Ausschluss der ASt *„in der Vorprüfung aus formalen Gründen“* (vgl. Seite 5 des Wertungsvermerks) fest.

Unter Ziffer 2.2 des Wertungsvermerks (*„Rangfolge des Leistungsverzeichnisse Wertungssumme nach Preisspiegel mit Berücksichtigung der Wartung“*) wurde die Bg auf dem ersten Rang platziert. Als Wertungssumme wurde für die beiden in der Wertung verbliebenden Bieter jeweils ein Betrag eingesetzt, der zum einen aus der Summe des Angebotspreises für die Errichtung der Druckluftanlage und zum anderen aus dem jährlichen Festpreisangebot für die Wartung gebildet wurde. Diese Angebotspreise wurden als Netto-Preise aus den jeweiligen Brutto-Preisen der Angebotsschreiben (Formblatt 213 EU) errechnet. Dabei wurde der jeweilige jährliche Festpreis für die Wartung mit dem Faktor vier multipliziert, um die vierjährige Vertragslaufzeit des Wartungsvertrags abzubilden.

Im Vergabevermerk *„Vergabeentscheidung“* vom 5. Juni 2018 wird lediglich auf den Wertungsvermerk Bezug genommen. Mit Schreiben vom selben Tag teilte der Ag mit, dass er beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen, weil die ASt nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe.

Mit Schreiben vom 6. Juni 2018 rügte die ASt über ihren Verfahrensbevollmächtigten die Entscheidung, weil das Angebot der ASt preislich günstiger als das Angebot der Bg ausgefallen sei. Mit weiterem Schreiben vom 7. Juni 2018 teilte der Ag mit, dass das Angebot der ASt ausgeschlossen wurde, weil diesem nicht der geforderte Wartungsvertrag beigelegt habe. Mit weiterem Schreiben vom 8. Juni 2018 rügte die ASt den Ausschluss ihres Angebots als vergaberechtswidrig. Aus der internen Dokumentation der ASt ergebe sich, dass der Wartungsvertrag dem Angebot beigelegt worden sei. Im Übrigen könne der Wartungsvertrag nachgefordert werden. Mit dem Schreiben wurde der Wartungsvertrag an den Ag übersandt. Mit E-Mail vom gleichen Tage erwiderte der Ag, dass sich aus der eingescannten Fassung des Angebots der ASt ergebe, dass der Wartungsvertrag von der ASt nicht mitgeschickt worden sei und dass der Rüge nicht abgeholfen werde.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten datiert auf den 12. Juni 2018, eingegangen am 13. Juni 2018, beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 14. Juni 2018 an den Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, dass der Ausschluss des Angebots der ASt und die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Bg die ASt in ihren Rechten verletze. Die ASt habe ein komplettes Angebot einschließlich des ausgefüllten Wartungsvertrags abgegeben. Sie sei der Überzeugung, dass der Vertrag im Machtbereich des Ag „*verschwunden*“ sei. Jedenfalls bestehe eine Nachforderungspflicht des Ag. Zur Begründung beruft sich die ASt auf die Entscheidung der 1. Vergabekammer vom 22. Dezember 2017 (VK 1 – 141/17). Es fehle auch keine wertungsrelevante Preisangabe, die der Nachforderung des Wartungsvertrags entgegenstehen könnte. Der Festpreis für die Instandhaltung sei bereits durch das Angebotsschreiben (Formblatt 213) festgelegt worden. Allenfalls fehlten zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe Angaben zum Stundenlohn der maßgebenden Lohngruppe, die allerdings nicht wertungsrelevant seien. Da die ASt nicht tarifgebunden sei und nicht in eine „*maßgebende Lohngruppe*“ falle, könne sie hierzu ohnehin keine Angaben machen. „*Hilfsweise*“ wird vorgetragen, dass der Ag die Pflicht habe das Angebot auszulegen. Aus den Angaben im Leistungsverzeichnis unter Ziffer 04.01 ergäben sich Angaben zu den Stundenlohnsätzen, die der Ag zu berücksichtigen habe.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. dem Ag zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen;
2. den Ag anzuweisen, eine neue Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen;
3. dem Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen;
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt notwendig war;
5. der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten des Ag zu gewähren.

- b) Der Ag hat schriftsätzlich keinen Antrag gestellt, ist den Anträgen in der Sache aber in vollem Umfang entgegengetreten.

Der Ag macht geltend, dass der Wartungsvertrag von der ASt nicht ihrem Angebot beigelegt wurde, obwohl dies nach den Vorgaben der Vergabeunterlagen verpflichtend war. Der Ag tritt der Behauptung entgegen, dass der Wartungsvertrag im Machtbereich des Ag verschwunden sein könne. Im Submissionstermin würden die Angebote von Personen geöffnet, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens nicht beteiligt seien. Die Schriftführerin habe die von den Bietern eingereichten Angebote unmittelbar nach der Öffnung im Beisein des Verhandlungsleiters eingescannt. Aus dem so erstellten Scan ergebe sich, dass der Wartungsvertrag nicht beigelegt gewesen sei. Dies entspreche auch dem Ergebnis der ersten Durchsicht des Angebotes der ASt in Papierform durch die Vergabestelle des Ag, die noch am Tag der Submission erfolgt sei.

Eine Nachforderung des Wartungsvertrags komme nicht in Betracht, weil im Wartungsvertrag unter Ziffer 5.2 Preisangaben abgefragt worden seien, die nun ohne fristgerechte Vorlage fehlten und einen zwingenden Ausschluss nach § 16 EU Nr. 3 VOB/A erforderten. Auch die Preisangabe unter Ziffer 2.1 des Angebotsschreibens (Formblatt 213) könne die fehlende Preisangabe nicht ersetzen, weil dies den Bieter nicht daran hindern könne, im Wartungsvertrag nachträglich einen höheren Preis einzutragen. Weiterhin handele es sich bei dem Wartungsvertrag gemäß Formblatt 242 um einen Angebotsteil und nicht lediglich um eine fehlende Erklärung i.S.d. § 16a EU VOB/A, die nachgefordert werden könne. Im Übrigen handele es sich bei den in Ziffer 5.2 des Wartungsvertrags fehlenden Preisen nicht um lediglich einen, sondern mehrere Preise, so dass auch eine Nachforderung nach § 16 EU Nr. 3. 2. HS VOB/A ausscheide.

Die mangelnde Wertungsrelevanz der Preisangaben unter Ziffer 5.2 des Wartungsvertrags ändere nichts am zwingenden Ausschluss. Eine Unterscheidung nach Wertungsrelevanz sei in den Vorschriften des § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 und § 16 EU Nr. 3 VOB/A nicht vorgesehen und letztere Vorschrift als Ausnahmvorschrift eng auszulegen. Dies entspreche auch der Rechtsprechung des BGH.

- c) Die Bg hat schriftsätzlich keinen Antrag gestellt, ist den Anträgen in der Sache aber entgegengetreten.

Die Bg ist der Auffassung, dass das Angebot der ASt zu Recht ausgeschlossen wurde, weil dieses nicht vollständig eingereicht worden sei. Mangels rechtzeitiger Vorlage eines ausgefüllten Wartungsvertrags fehle es nicht nur an der Angabe des Stundenlohns der

maßgebenden Lohngruppe, sondern auch an den weiteren Angaben zum Lohnkostenanteil, dem maßgebenden Tarifvertrag und der maßgebenden Lohngruppe. Der Stundenverrechnungssatz beinhaltet auch nicht den Lohn der maßgebenden Lohngruppe. Dazu fehlten Angaben zu den Sozialkosten, Gemeinkosten, Wagnis und Gewinn. Ohne diese Angaben wäre es möglich, den festgelegten Festpreis nach Ablauf von 24 Monaten durch Vorlage eines beliebigen Tarifabschlusses zu verändern. Weiterhin problematisiert die Bg, ob aufgrund des Preisvorsprungs des Erst- zum Zweitplatzierten von ca. 35% ein unzulässig niedriger Preis vorliege.

3. Die Vergabekammer hat der ASt am 4. Juli 2018 Einsicht in die Vergabeakten des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. Mit Schreiben eingegangen am 15., 21. und 27. Juni 2018 haben ASt, Ag und Bg gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3 1. Alt. GWB ihre Zustimmung zur Entscheidung nach Lage der Akten erklärt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet, weil der Ag gegen die Nachforderungspflicht gem. § 16a EU Satz 1 VOB/A verstoßen hat. Denn selbst wenn man das Fehlen des geforderten Wartungsvertrags im Angebot der ASt unterstellt, hätte dieses nicht ohne vorherige erfolglose Nachforderung ausgeschlossen werden dürfen.

1. Gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen keine Bedenken.

Ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist die ASt mit Schreiben vom 8. Juni 2018 nachgekommen; die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

Die ASt ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots hinreichend belegt. Indem sie sich mit dem Nachprüfungsantrag gegen einen ihrer Ansicht nach vergaberechtswidrigen Ausschluss vom Vergabeverfahren wendet, macht sie auch eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend. Da sie den niedrigsten Preis angeboten hat, droht der ASt infolgedessen auch ein Schaden zu entstehen, da sie angesichts des

einzigem Zuschlagskriteriums „Preis“ ohne den Ausschluss gute Chancen hätte, den Zuschlag zu erhalten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch in der Sache begründet. Das Angebot der ASt wurde zu Unrecht ausgeschlossen. Die ASt hat ein Angebot für alle ausgeschriebenen Leistungen abgegeben, das alle wertungsrelevanten Preisangaben enthielt (a). Zwar mussten die Bieter vorliegend auch einen ausgefüllten Wartungsvertrag einreichen und es ist zwischen den Beteiligten streitig, ob ein solcher Wartungsvertrag dem Angebot der ASt beilag. Diese Frage bedarf im vorliegenden Fall aber keiner Klärung, weil der Ag jedenfalls – in Ermangelung eines Ausschlussgrundes – zur Nachforderung des Wartungsvertrags gemäß § 16a EU Satz 1 VOB/A verpflichtet war, selbst wenn dieser tatsächlich gefehlt haben sollte (b).
 - a) Das Angebot der ASt bezog sich auf den gesamten ausgeschriebenen Leistungsumfang und beinhaltete sowohl die Errichtung der Druckluftversorgungsanlage für technische Gase nach der Leistungsbeschreibung als auch die Erbringung von Wartungs- und Instandhaltungsdienstleistungen an dieser, deren Umfang durch den Wartungsvertrag von dem Ag festgelegt wurde. Diese Leistungen hat die ASt unstreitig in vollem Umfang verbindlich angeboten.

Diese Erklärung ergibt sich zum einen aus dem Angebotsschreiben der ASt vom 2. Mai 2018 (Formblatt 213 EU), das fristgerecht am 4. Mai 2018 bei dem Ag eingegangen ist. In diesem hat die ASt alle beizufügenden Anlagen (einschließlich des Wartungsvertrags) angekreuzt, unter Ziffer 1 die Angebotserklärung sowie unter Ziffer 2 und 2.1 die Angebotsendsumme und die jährliche Festpreisvergütung „*gem. Instandhaltungsvertrag*“ ausgefüllt und diese Erklärungen abschließend unterschrieben. Zum anderen ergibt sich dies aus der entsprechenden Checkliste der vorzulegenden Dokumente in der Angebotsaufforderung (Formblatt 211 EU) unter Buchstabe C und den entsprechenden Vertragsbedingungen für die Instandhaltungsleistungen (Formblatts 242 EU, Ziffer 2 und 3).
 - b) Zwischen ASt und Ag ist in tatsächlicher Hinsicht allein streitig, ob der ausgefüllte Wartungsvertrag dem Angebot der ASt beilag. Für die Vollständigkeit ihres Angebots trägt grundsätzlich die ASt die Beweislast (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. November 2003, Verg 47/03).

Im vorliegenden Fall bedarf es aber nicht der Feststellung, ob die geforderten Vertragsformulare tatsächlich dem Angebot der ASt beigelegt waren, denn selbst wenn man unterstellt, dass dem Angebot der ASt der geforderte Wartungsvertrag nicht beigelegt war, so wäre der Ag verpflichtet gewesen, diesen von der ASt gemäß § 16a EU Satz 1 VOB/A nachzufordern, weil es sich insoweit um fehlende geforderte Erklärungen handelt und damit kein Ausschlussgrund vorliegt.

Insbesondere greift die Ausschlussvorschrift nach § 16 EU Nr. 3 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht durch. Nach dieser Vorschrift sind Angebote, die nicht die geforderten Preise enthalten, von der Wertung auszuschließen – es sei denn, dass *„in einer unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt“* aber hierdurch unter keinem Gesichtspunkt eine Beeinträchtigung der Wertungsreihenfolge erfolgen kann.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. Der unter Ziffer 5.1 des Wartungsvertrags geforderte Festpreis war vollständig im Angebotsschreiben (Formblatt 213 EU) unter Ziffer 2.1 enthalten. Die darüber hinaus fehlenden Preisangaben, die unter Ziffer 5.2 und 5.3 des Wartungsvertrags anzugeben waren, sind dagegen nicht wertungsrelevant und wurden vom Ag ausweislich der Vergabedokumentation auch nicht geprüft (aa).

Die Nachforderung nicht wertungsrelevanter Preise führt weder zu einer mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote noch verstößt diese gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz (bb).

aa) Bei den hier fehlenden Preiseintragungen der ASt unter Ziff. 5.2. und 5.3. des Wartungs- und Instandhaltungsvertrag handelt es sich nicht um fehlende *„geforderte Preise“* im Sinne des § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, weil diese Norm nur Preisangaben erfasst, die für die Wertung des Angebots anhand der Zuschlagskriterien maßgeblich sind. Damit kommt ein Ausschluss des Angebots der ASt gemäß § 16 EU Nr. 3, 1. Hs. VOB/A iVm § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht in Betracht.

Dass nur das Unterlassen wertungsrelevanter Preisangaben zum Ausschluss des Angebots führen kann, ergibt sich aus einer Gesamtschau der insoweit relevanten Normen (§ 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A und § 16 EU Nr. 3 VOB/A sowie des im Bereich der VOB/A grundsätzlich geltenden Nachforderungsgebots gemäß § 16a EU VOB/A). Dabei regelt das Nachforderungsgebot die generelle Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Nachforderung von Erklärungen und Nachweisen, wobei der Begriff der Erklärungen und Nachweise weit zu fassen ist (siehe hierzu Dittmann in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, 2. Auflage, § 13 Rn 67);

insbesondere fallen hierunter auch Unterlagen, in die Preise einzutragen sind (z.B. EFB-Preisblätter, siehe hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9. Februar 2006, VII-Verg 4/06). Auch bei einer Preisangabe handelt es sich somit um eine Erklärung, nämlich um eine Erklärung über den Preis. Bei Preisangaben tritt allerdings die Besonderheit hinzu, dass diese in aller Regel auf der Ebene der Wirtschaftlichkeitsbewertung von Angeboten relevant sind. Dies gilt in besonderem Maße bei Bauvergaben, die (nahezu ausschließlich) den Preis als maßgebliches Zuschlagskriterium vorsehen. Bei Bauvergaben besteht durch das Zusammenspiel von Submission und Nachforderung zudem das Risiko einer bieterseitigen Angebotsmanipulation, wenn auch fehlende Preisangaben ohne Einschränkung nachzufordern wären. Um dem entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber für die Nachforderung von Preisangaben besondere Regelungen geschaffen, indem § 16 EU Nr. 3 VOB/A den zwingenden Ausschluss von Angeboten anordnet, die „den Bestimmungen des 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht entsprechen“.

Eine Ausnahme ist lediglich für den Fall anerkannt, dass in „*einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt*“ und – verkürzt gesagt - die Außerachtlassung dieser Position keine Auswirkung auf die Wertungsreihenfolge haben kann. Die Norm bringt damit aber auch zum Ausdruck, dass ausschließlich das Unterlassen der Angabe wertungsrelevanter Preise einen Angebotsausschluss zur Folge haben kann (siehe nur den Wortlaut: „... *auch bei Wertung dieser Position ...*“). Ein darüber hinausgehender Anwendungsbereich, der das Unterlassen jedweder Preisangaben erfasst, kann der Norm indes nicht entnommen werden und ist auch aus übergeordneten Transparenz- und Gleichbehandlungsgründen nicht geboten, weil eine Nachforderung der insoweit fehlenden Erklärungen keine Auswirkung auf den Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot hat.

Dieser Befund wird auch durch Art. 56 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU bestätigt, 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, jegliche quantitative Differenzierung hinsichtlich fehlender Preisangaben (oder Unterlagen) vorzunehmen. Dies entspricht auch dem Wettbewerbsprinzip und dem haushaltsrechtlichen Interesse, durch eine restriktive Auslegung von Ausschlussvorschriften und weite Auslegung von

Nachforderungsvorschriften dem öffentlichen Auftraggeber eine möglichst große Auswahl kostengünstiger Angebote zu eröffnen.

Übertragen auf das streitgegenständliche Verfahren heißt dies, dass das Fehlen von Erklärungen, die auf der Ebene Wirtschaftlichkeitsbewertung keine Relevanz aufweisen, grundsätzlich der Nachforderungspflicht gemäß § 16a EU VOB/A unterfallen.

Was die hier fehlenden Erklärungen (hier die im Wartungs- und Instandhaltungsvertrag vorzunehmenden Eintragungen) anbelangt, sind diese aus folgenden Gründen nicht wertungsrelevant:

Durch Nichtbeifügung des Wartungsvertrags hat es die ASt unterlassen, in Ziffer 5.2 des Wartungsvertrags Preisangaben zu Stundenverrechnungssätzen und Zuschlägen vorzunehmen. Weiterhin fehlen die in Ziffer 5.3 des Wartungsvertrags vorzunehmenden Angaben zu den Parametern der Preisgleitklausel. Im vorliegenden Fall ergibt sich die mangelnde Wertungsrelevanz der unter Ziff. 5.2 und 5.3. des Wartungsvertrages unterlassenen Angaben aber aus den Vergabeunterlagen und wird zudem durch die Vergabedokumentation gestützt. Denn gemäß den Angaben in den Vergabeunterlagen (Formblatt 242 iVm. dem den Vergabeunterlagen beigelegten Wartungsvertrag) soll ausschließlich der Gesamtpreis für eine vierjährige Wartung der Anlage in die Preiswertung eingehen. Diesen Preis hatte die ASt aber bereits im Formblatt 213 angegeben. Die fehlenden Preise betrafen lediglich Stundensätze für eine Störungsbeseitigung außerhalb der regelmäßigen Wartungstermine (Angaben unter Ziff. 5.2) sowie Angaben zur Anpassung der Wartungsvergütung nach 24 Monaten (Ziff. 5.3.); beides sollte aber für die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote nicht relevant sein. Dementsprechend führt auch die Vergabedokumentation des Ag unter Ziffer 2.2 des Wertungsvermerks der vom Ag beauftragten Planer vom 28. Mai 2018 aus, dass die Wertungssumme („unter Berücksichtigung der Wartung“) ausschließlich durch Addition des Angebotsbetrags für die Errichtung der Anlage und des Vierfachen des jährlichen Festbetrags für die Wartung gebildet wurde. Damit steht fest, dass die unter Ziffer 5.2 und 5.3 des Wartungsvertrags geforderten Preisangaben in keiner Weise in die Wirtschaftlichkeitsbewertung einbezogen wurden.

Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Angebotswertung abweichend vom bekannt gegebenen Wertungsprocedere erfolgt ist. Der Ag hat in den Formblättern 211 und 242 erklärt, die Angebotswertung auf der Grundlage des für das ausgeschriebene Gewerk angebotenen Preises sowie der vom Bieter angebotenen

Instandhaltungskosten (hochgerechnet auf die vertraglich geschuldete Laufzeit von vier Jahren) vorzunehmen. Die in Formblatt 211 zusätzlich vorgenommene Aussage, wonach auch ein „Erstattungsbetrag aus der Lohnleitklausel“ berücksichtigt werden soll, hat hier erkennbar keine Relevanz gehabt und war daher bei der Angebotswertung nicht zu berücksichtigen. Denn eine Lohnleitklausel war hier nur im Instandhaltungsvertrag vorgesehen und das auf diesen Vertrag bezogene Formblatt 242 hat eine preisliche Wertung ohne Berücksichtigung eines „Erstattungsbetrags aus der Lohnleitklausel“ vorgesehen. Dementsprechend hat auch die Ag die Angebotswertung allein auf der Grundlage der Angebotssummen zuzüglich der angebotenen Instandhaltungskosten vorgenommen.

- bb) Im vorliegenden Fall führt die Nachforderung nicht wertungsrelevanter Preise weder zu einer mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote noch verstößt diese gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz.

Eine Beeinträchtigung der Vergleichbarkeit ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Ag in den Vergabeunterlagen und der Vergabeakte dokumentiert hat, dass die Angebote gar nicht hinsichtlich der nachzufordernden Preisangaben verglichen werden sollen oder verglichen werden können. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Vergabevermerken vom 28. Mai und 5. Juni 2018, dass ausschließlich die vollständig und fristgerecht von der ASt zum Angebotsabgabeschluss mit dem Angebotsschreiben vorgelegten Preise tatsächlich im Wettbewerb der beiden in der Wertung verbliebenen Angebote berücksichtigt wurden (siehe oben unter aa). In so einer Konstellation ergäbe sich keine Beeinträchtigung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz der übrigen Bieter im Wettbewerb, wenn der Ag die Vorlage eines Wartungsvertrags nachforderte, aber lediglich die bereits vorliegenden Preisangaben in eine erneute Wertung aller drei Angebote einstellte.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Ag zitierten Rechtsprechung des BGH zur alten, grundlegend verschiedenen Rechtslage (vgl. kritisch zur Aussagekraft dieser Rechtsprechung Dicks in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, § 13 EG, Rn. 63). Im Beschluss vom 18. Februar 2003 (X ZB 43/02) hat allerdings auch der BGH ausdrücklich bestätigt, dass sich die Anforderung an die Vergleichbarkeit der Angebote nur auf Parameter bezieht, die „als Umstände ausgewiesen sind, die für die Vergabeentscheidung relevant sein sollen.“ (So auch nahezu wortgleich: BGH,

Beschluss vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04), so dass sich aus dieser Rechtsprechung keinerlei Widerspruch ergibt.

Ein Widerspruch ergibt sich allenfalls zur jüngsten Entscheidungspraxis der Vergabekammer Nordbayern, deren Fall allerdings auf einem etwas anders gelagerten Sachverhalt beruhte (Vergabekammer Nordbayern, Beschluss vom 28. Mai 2018, RMF-SG 21-3194-3-9). Anders als im vorliegenden Fall fehlten im dort zu entscheidenden Sachverhalt zwei Wartungsverträge nebst individuell vom Bieter auszufüllender Arbeitskarten und im Angebotsschreiben wurde lediglich ein Einheitspreis für beide Verträge angegeben. In diesem Fall war mithin durch das Fehlen der Wartungsverträge nebst Arbeitskarten nicht klar, welche konkrete Leistung, die durch das Ausfüllen der Arbeitskarten noch zu definieren war, konkret angeboten werden sollte; durch ein Nachreichen des Vertrages nebst Arbeitskarten hätte der Leistungsinhalt mithin nachträglich und in Kenntnis des Submissionsergebnisses manipuliert werden können.

Soweit die Bg vorträgt, dass die Nachforderung der Preisangaben in Ziffer 5.3 des Wartungsvertrags es der ASt ermögliche, nach Ablauf von zwei Jahren einen beliebigen Preis für die Wartung in den weiteren beiden verbleibenden Jahren der vierjährigen Vertragslaufzeit zu erzielen, ist dies sachlich nicht nachvollziehbar. Die Anwendung der Preisgleitklausel gemäß Ziffer 5.3 des Wartungsvertrags setzt eine Lohnänderung voraus, die von jeder die Preisanpassung begehrenden Vertragspartei nachgewiesen werden müsste. Die weiteren Berechnungsparameter können überdies vom Ag anhand der Angaben im Leistungsverzeichnis zu den Stundenlohnverrechnungssätzen plausibilisiert werden, so dass es keine Anhaltspunkte für tatsächlich unkontrollierbare Preisfestsetzungsspielräume gibt, zumal im Rahmen der Nachforderung eine Konkretisierung des Angebots bereits vor einer Auftragsvergabe erfolgen müsste.

Auch soweit der Ag geltend macht, dass die ASt im nachzufordernden Wartungsvertrag nachträglich einen höheren Preis eintragen könne, kann dem nicht gefolgt werden. Dem Ag bleibt es grundsätzlich unbenommen, im Rahmen der Nachforderung entstehende Widersprüche aufzuklären.

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

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 der Ag als unterliegender Verfahrensbeteiligter sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

Die Beigeladene hat sich durch einen Schriftsatz am Verfahren beteiligt und ist dem Vorbringen der ASt entgegen getreten. Sie hat allerdings keine Anträge gestellt und der Beitrag ist auch aufgrund des geringen Umfangs des Vortrags nicht als so erheblich einzuschätzen, dass die Bg hierdurch zusammen mit dem Ag als unterliegende Partei anzusehen wäre. Darüber hinaus sind keine Billigkeitsgründe gegeben, die Aufwendungen der Bg dem Ag aufzuerlegen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich hinsichtlich der Reichweite des Ausschlussstatbestandes des § 16 EU Nr. 3 VOB/A und des Bestehens 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