



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 - 142/17

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Empfangsbevollmächtigter:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Ochner auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 2017 am 20. Dezember 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf das Vergabeverfahren zumindest in den Stand der Aufklärung der Angebote zurückzusetzen und die Antragstellerin erneut zur Aufklärung ihres Angebots aufzufordern.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

### Gründe:

#### I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe [...] gemeinschaftsweit bekannt. Die Verfahrensbeteiligten streiten über die Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der Antragstellerin (ASt) aufgrund einer aus Sicht der Ag unzureichenden Mitwirkung an der Aufklärung.

1. Die Bekanntmachung enthält unter Ziff. I.3 „Kommunikation“ folgende Angaben:

*„Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung unter:*

*[...]*

*Weitere Auskünfte erteilen/erteilt:*

*die oben genannten Kontaktstellen. (...)*“

Anforderungen an die Eignung der Bieter (Ziff. III) enthält die Bekanntmachung nicht. Auch wird insoweit nicht auf die Vergabeunterlagen o.ä. verwiesen.

In Anlage 2 zum Leistungsverzeichnis („Lastenheft Stromtankstellen“) wird u.a. unter Verweis auf das Mess- und Eichgesetz (MessEG) gefordert, dass die Stromtankstelle

*„alle Anforderungen erfüllen [muss], damit das gesamte Stromtankstellensystem inkl. Abrechnungen den eichrechtlichen Anforderungen entspricht (eichrechtliche Abnahme ist erforderlich).“*

In Anlage 3 („Lastenheft IT-System und Bezahlverfahren“) wird in Ziff. 2.4 („Eichrecht“) zum Ausdruck gebracht, dass

*„der gesamte Prozess des Stromentnahmeprozesses durch [...] (=Endkunde) von der Authentifizierung an der Anschlusseinheit bis hin zur Abrechnung des kWh-bezogenen Gesamtstrompreises [...] dem deutschen Eichrecht entsprechen [muss]. Das gesamte Stromtankstellensystem muss vor Inbetriebnahme eichrechtlich abgenommen werden.“*

Ziff 3.2 der Leistungsbeschreibung (Zeitlicher Ablauf der Leistungen) besagt, dass der Auftragnehmer spätestens drei Monate nach Auftragsvergabe die [...] mit der notwendigen Anzahl an Stromtankstellen ausstatten und die Funktionalität des Gesamtsystems inklusive einer eichrechtlichen Abnahme nachweisen muss. Nach erfolgter Abnahme werden die restlichen Stromtankstellen errichtet und in Betrieb genommen.

Zuschlagskriterien sind nach Ziff. 1 der Anlage „Gewichtung der Zuschlagskriterien“:

<i>„Preis</i>	<i>30 Wichtungspunkte</i>
<i>Referenzen</i>	<i>40 Wichtungspunkte</i>
<i>Konzept</i>	<i>30 Wichtungspunkte“</i>

Gemäß Ziff. 1.2 dieser Anlage soll bei dem Kriterium „Referenzen“ berücksichtigt werden:

*„Bezahlsystem“ und „Säulen Stromtankstellen“ (gleich gewichtet).*

Ausweislich des Vergabevermerks (dort Teil I, Ziff. 13) soll der Bieter bei diesem Zuschlagskriterium ein existierendes Bezahlssystem sowie bestehende Säulen für Stromtankstellen vorweisen können.

Die ASt gab am 25. Juli 2017 über die eVergabe-Plattform der Ag ein Angebot ab.

Bei der Prüfung des Angebotspreises stellte die Ag fest, dass die ASt im Vergleich zu den anderen Angeboten, insbesondere demjenigen der Bg, bei den Positionen 019 (Lieferung Doppelsäule), 020 (Lieferung Einfachsäule), 021 (Lieferung Satelliten), 031 (Inspektion und Wartung) und 033 (Entstörung) eine signifikante Preisdifferenz nach unten aufweist.

Mit Schreiben vom 19. September 2017 bat die Ag die ASt daher

*„auf Grund der Prüfung der Angemessenheit der Preise [...], mir eine Aufklärung in Textform über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistungen gemäß § 60 VgV innerhalb von sechs Kalendertagen, bis zum 26.09.2017 zukommen zu lassen.“*

Weiterhin stellte die Ag der ASt in diesem Schreiben technische Fragen, z.B. hinsichtlich der „*eichrechtlichen Abnahme des Systems nach den neuesten Bestimmungen*“ und drohte den Ausschluss des Angebotes an, sollten die Unterlagen bis zum vorgesehenen Termin nicht eingegangen sein.

Im ursprünglich von der ASt mit dem Angebot eingereichten Leistungsverzeichnis ist die [...] als Bieterin angegeben. Im „Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen“ wird die [...] als Nachunternehmerin der ASt aufgeführt. Darüber hinaus hat die ASt das Formblatt 401-L eingereicht, in dem sie erklärt, mit der [...] eine Bietergemeinschaft zu bilden. Der Geschäftsführer der ASt hat zudem eine Verpflichtungserklärung abgegeben, wonach er sich verpflichtet, die Kapazitäten der ASt im Auftragsfall der ASt zur Verfügung zu stellen.

Mit einem weiteren Fax-Schreiben vom 19. September 2017 brachte die Ag gegenüber der ASt zum Ausdruck, dass sie zur Klärung des Angebots zu einem Bietergespräch am 28. September 2017, 11 Uhr, an den Dienstsitz der Ag geladen werde. Denn es bestünden

*„Zweifel (...), ob die von Ihnen gewählte Rechtsform so von Ihnen gewünscht ist. Falls Sie mit Nachunternehmern arbeiten wollen, ist die Verpflichtungserklärung (...) von allen Nachunternehmern jeweils getrennt zu unterschreiben. Falls es bei der eingereichten Bietergemeinschaft bleibt, ist die „Eigenerklärung zur Eignung“ (...) von allen Bietern jeweils getrennt einzureichen. Ich bitte, die entsprechenden Unterlagen zum Gespräch mitzubringen.“*

Mit Email vom 27. September 2017 bestätigte die ASt den Eingang der beiden Schreiben vom 19. September 2017. Das Fax sei im falschen Email-Postfach gelandet, so dass sie erst heute die Nachricht erhalten habe. Sie bat um Aufschub bis spätestens 28. September 2017 und beantwortete vorab die technischen Fragen der Ag in Bezug auf die Leistungsanforderungen. Am darauffolgenden Tag übersandte die ASt der Ag nochmals das von ihr bepreiste Leistungsverzeichnis. Als Bieterin wird hierin nunmehr die ASt selbst angegeben. In dem Schreiben führte die ASt weiter aus, dass sie die Einladung zum

Gespräch nicht erhalten habe; aus diesem Grund bat sie um einen neuen Terminvorschlag der Ag. Darüber hinaus teilte sie mit, dass sie verstanden habe,

*„dass Sie eine Abnahme unseres Systems wünschen bzw. dass ein System entsprechend der aktuellen, deutschen, Eichvorschriften geliefert wird. Es ist sichergestellt, dass unser System MID geprüft ist, falls darüber hinausgehende Abnahmen/Zulassungen gewünscht werden, so sind wir gerne bereit nach Auftragserhalt, diese weiteren Abnahmen durchführen zu lassen.“*

Mit Schreiben vom 10. November 2017 teilte die Ag der ASt gem. § 134 GWB mit, dass sie deren Angebot mangels erfolgreicher Aufklärung nach § 60 VgV und aufgrund der Nichtteilnahme am Bietergespräch nicht berücksichtigen könne. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) zu erteilen.

Hiergegen wandte sich die ASt mit Rügeschreiben vom 13. November 2017. Die ASt beanstandete, dass keine Unterlagen fehlten, weil sie mit Schreiben vom 28. September 2017 die geforderten Informationen übersandt habe. Bezüglich des Aufklärungstermins sei ihr telefonisch von einem Mitarbeiter der Vergabestelle versichert worden, dass eine neue Versammlung geplant und daher die Nichtteilnahme am ursprünglichen Bietergespräch folgenlos für sie sei. Ihr Angebot sei auch nicht ungewöhnlich niedrig. Die Ag half der Rüge der ASt nicht ab und teilte ihr dies mit Schreiben vom 17. November 2017 mit.

2. Mit einem am 17. November 2017 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Antrag hat die Kammer der Ag am gleichen Tag übermittelt.

- a) Die ASt trägt vor, dass sie zu Unrecht von der Ag ausgeschlossen worden sei.

Sie habe die geforderte Aufklärung der Ag übersandt. Der ASt sei kommuniziert worden, dass ihr Angebot ca. 10 % unter dem nächst niedrigerem Angebot liege, damit seien die Voraussetzungen für die Aufklärung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots schon nicht erfüllt.

Die Ag habe die Kommunikation auch nicht über die angekündigte eVergabe-Plattform mit der ASt geführt. Während diese – etwa zur Beantwortung der

Bieterfragen – reibungslos erfolgt sei, seien die Fax-Sendungen der Ag aufgrund der unterlassenen Adressierung an den Geschäftsführer der ASt, [...], und der unpersönlichen Anrede nicht in der zuständigen Abteilung angekommen, sondern vielmehr zunächst im Spam-Filter der ASt gelandet. Das Fax werde in dieser Form [...] nicht mehr verwendet, so dass immer eine Umwandlung in eine Email erfolge, welche gesondert zugeordnet werden müsse. Es sei der ASt unklar, woher die Ag die verwendete Faxnummer entnommen habe. Weder sei im Angebot auf die Faxnummer verwiesen worden, noch befinde sich diese auf der internationalen Website der ASt. Allein auf der [...] Seite werde die Nummer erwähnt. Die ASt habe daher zu keinem Zeitpunkt die Fax-Kommunikation mit der Ag akzeptiert oder von sich aus angestoßen. Die Ag hätte jedenfalls vorab die Faxnummer verifizieren und ausdrücklich auf der ersten Seite z.B. durch einen Zusatz „EILT, bitte sofort vorlegen“ auf die Dringlichkeit des Vorgangs und die Weiterleitungsbedürftigkeit an den Geschäftsführer hinweisen müssen. Die zentrale Poststelle hätte, selbst wenn das Fax nicht im Spam-Ordner gelandet wäre, keine Zuordnung vornehmen können, zumal es sich um ein Schreiben in deutscher, nicht in [...] Sprache gehandelt habe.

Es sei verwunderlich, dass die Ag von der Kammer im Nachprüfungsverfahren eine Bestätigung für die erfolgreiche Übersendung etwa der Antragserwiderung verlange, dies im Vergabeverfahren gegenüber der ASt jedoch anders gehandhabt habe. Die gesetzte Frist sei zudem über ein Wochenende hinweg gelaufen, so dass selbst bei früherer Kenntnisnahme von den sechs faktisch nur vier Werktagen für die Zuordnung und die Beantwortung der Fragen übrig geblieben seien. Aus alledem müsse die ASt schließen, dass die Ag kein echtes Interesse an einer rechtzeitigen Beantwortung der Fragen durch die ASt gehabt habe.

Nachdem das Fax bei der richtigen Person angelangt sei, habe man angesichts der Dringlichkeit sofort das [...] informiert, dass aufgrund der kurzen Frist zu wenig Zeit für die Bearbeitung sei. Man habe der begehrten Aufklärung nur die Forderung nach einer erneuten Zusammenstellung des Gesamtpreises entnehmen können. Dass die Ag – wie sie nunmehr vortrage – konkrete Einzelpositionen im Blick gehabt habe (019, 020, 021, 031 und 033), sei dem Schreiben nicht zu entnehmen gewesen. Daher habe die ASt nochmals das von ihr bepreiste Leistungsverzeichnis übersandt. Hätte die Ag nach den fünf konkret betroffenen Positionen gefragt, hätte die ASt dies einfach beantwortet oder gemeinsam mit der Ag die vorliegende Urkalkulation

einsehen können – abgesehen davon, dass es bei der Prüfung nach § 60 VgV auf den Gesamtpreis ankomme und nicht auf Abweichungen von Einzelpositionen von den bepreisten LV-Positionen anderer Bieter.

Der günstige Preis der ASt sei zudem auch in der Sache nicht ungewöhnlich niedrig. Die ASt baue die Landstromanlagen selbst, während ihre Wettbewerber diese zukaufen müssten. Dies mache schon eine erhebliche Preisdifferenz aus. Darüber hinaus habe keine andere Partei in Deutschland mehr Erfahrung bei der Lieferung, Errichtung und dem Betrieb von Landstromanlagen; die ASt könne sich auf umfangreiche Referenzen stützen. Auch könne sie schon derzeit Landstromanlagen über Apps und Websites schalten. Entgegen der Ansicht der Ag müsse auch kein Aufschlag auf die Schätzung [...] vorgenommen werden. Landstromanlagen und deren Abrechnungssysteme seien etabliert und [...] entsprechend weit verbreitet. Über die [...] stehe der ASt eine operative Frontend- und Backend ITC-Plattform zur Verfügung. Die Ag habe sich selbst [...] auch bei dieser Firma über die Möglichkeiten im Landstrombereich informiert, so dass diese die Kostengestaltung kennen müsse. Ein Aufschlag könne daher allenfalls für unerfahrene Parteien wie die Bg greifen.

Hinsichtlich des Bietergesprächs habe die ASt rechtzeitig ihre Verhinderung angezeigt und mehrfach um einen Ersatztermin gebeten. Die Ag habe nicht erwarten können, dass – unbeschadet der identischen Faxproblematik wie beim Schreiben vom 19. September 2017 – eine Einladung am 21. September 2017 zu einem Gespräch bereits eine Woche später ohne Weiteres von ihr wahrgenommen werden könne. Ihre Direktion halte sich nicht kurzfristig für Termine mit der Ag verfügbar. Auf dreimalige telefonische Nachfrage von [...] sei seitens der Ag zudem versichert worden, dass ein Ersatztermin stattfinden und das Fehlen der ASt beim ursprünglich avisierten Bietergespräch folgenlos bleibe werde. In diesem Gespräch hätte man auch die der Ag bereits vorliegende Urkalkulation öffnen können, um die Auskömmlichkeit des Angebots der ASt zu belegen.

In Bezug auf die eichrechtlichen Anforderungen habe die ASt eine Bestätigung mit Fax vom 28. September 2017 abgegeben. Darüber hinaus habe eine Aufklärung schon nicht stattfinden müssen, da die ASt in ihrem Angebot die Erfüllung des deutschen Eichrechts ausreichend berücksichtigt habe.

Die ASt beantragt,

die Vergabe des Auftrags an sie oder die Nichtigerklärung der Ausschreibung.

b) Die Ag beantragt,

die Anträge der ASt als unbegründet zurückzuweisen und ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Soweit die ASt die Art der Kommunikation ihr gegenüber (Faxnachrichten vom 19. September 2017) angreife, habe sie die unterlassene Nutzung der eVergabe-Plattform durch die Ag nicht innerhalb von zehn Kalendertagen gerügt. Sie habe mit Übersendung der Faxe erkannt, dass nicht der vermeintlich angekündigte Weg beschritten worden sei und diese Abweichung erst ca. sechs Wochen später gegenüber der Ag als fehlerhaft geltend gemacht. Jedenfalls sei der Grad der Kenntnis der ASt so zu bewerten, dass es sich als mutwilliges Sich-Verschließen vor dem Erkennen des Rechtsverstoßes zu werten sei.

Auch in der Sache liege dieser Verstoß nicht vor, da sich die Ag durch den Verweis auf die eVergabe-Plattform in der Rubrik „Kommunikation“ der Bekanntmachung nicht verpflichtet habe, die Kommunikation ausschließlich über diese zu führen. Der Bezug in der Bekanntmachung gelte nur für den Erhalt der Vergabeunterlagen und die Angebotsabgabe. Im Übrigen treffe die Ag keine Rechtspflicht, die Kommunikation über die elektronische Plattform abzuwickeln: Aufgrund der Übergangsvorschrift des § 81 VgV sei die sonstige Kommunikation i.S.d. § 9 Abs. 1 VgV auch per Fax möglich. Die Ag vollführe immer nach der Submission den vorliegenden „Medienbruch“: Bis zu diesem Zeitpunkt laufe die Kommunikation über die Plattform, danach über Fax. Auch wenn die ASt in ihrem Angebot keine Faxnummer angegeben habe, befinde sich jedenfalls auf der [...] Version ihrer Website eine entsprechende Nummer. Die ASt habe für geschäftliche Kommunikation somit auch diesen Kommunikationsweg eröffnet. Außerdem sei es treuwidrig von der ASt, sich auf einen falschen Kommunikationsweg zu berufen, wenn sie selbst mit den von ihr versandten Emails ebenfalls einen solchen „falschen“ beschreite. Entscheidend sei, dass die ASt das Fax tatsächlich erhalten habe. Dass es in einem falschen Postfach gelandet sei, liege allein im Verantwortungsbereich der ASt. Die ASt habe zudem am 5. Oktober 2017

bestätigt, dass die Faxnummer für verbindliche Mitteilungen verwendet werden dürfe. Ein Anspruch auf persönliche Adressierung an den Geschäftsführer bestehe nicht, ebenso wenig wie ein Hinweis auf die besondere Dringlichkeit oder das Beifügen einer Empfangsbestätigung. Da der Sendebericht der Ag „OK“ angezeigt habe, habe sie davon ausgehen dürfen, dass das Fax bei der ASt auch angekommen sei. Eine vorherige/nachträgliche Verifizierung der Nummer sei nicht erforderlich. Die Ag könne der ASt auch nicht allein deshalb bei den Kommunikationsthemen entgegenkommen, weil sie eine ausländische Bieterin sei. Denn dann würde sie die inländischen Bieter diskriminieren.

Bei der Preisprüfung seien in fünf Positionen signifikante Preisabweichungen zum Angebot der Bg aufgefallen, so dass Bedenken aufgekommen seien, ob und inwieweit die ASt die Vorgaben des Lastenheftes abgebildet habe. Auch weiche das Angebot insgesamt erheblich von der Kostenschätzung und dem Gesamtpreis der Bg ab, so dass die Aufklärung geboten gewesen sei. Die von der ASt angebotenen Preise deckten aus Sicht der Ag wohl nicht einmal die Fahrtkosten ab, so dass die ordnungsgemäße Leistungserbringen nicht zu erwarten sei. Gleiches gelte für die eichrechtlichen Anforderungen, da bei Nichterfüllung der Anforderungen die Stilllegung der Stromtankstellen durch die Landeseichämter drohe. Die Ag habe in der Vergangenheit diesbezüglich schlechte Erfahrungen gemacht, so dass man schriftlich oder im Bietergespräch hierzu Aussagen seitens der ASt habe hören wollen. Offenbar habe sich die ASt nicht hinreichend damit auseinandergesetzt, dass Voraussetzung des Auftrags eine eichrechtliche Abnahme der ersten Liegestelle innerhalb von drei Monaten nach Auftragsbeginn sei.

Die Ag habe die ASt nicht wegen eines unangemessen niedrigen Preises ausgeschlossen, sondern wegen der nicht fristgerechten Aufklärung bzw. der unterbliebenen Auskunft zur Einhaltung der eichrechtlichen Anforderungen, so dass der Ausschluss zwingend geboten sei. Die ASt habe offenbar die Anforderung nicht richtig verstanden, da es der Ag nicht um eine nochmalige Übersendung des LV, sondern um die Ermittlung der Preise in sämtlichen Positionen gegangen sei, weshalb man auch nicht die fünf besonders auffälligen Positionen erwähnt habe. Die Frist sei mit sechs Kalendertagen auch angemessen (vgl. die Parallelvorschrift des § 16a EU Abs. 2 VOB/A), da der Ag auch die ausdrückliche Bestätigung gereicht hätte, dass das Angebot auskömmlich sei.

Die Ag tritt im Übrigen der Darstellung der ASt entgegen, dass dieser – [...] – in drei Telefonaten die Durchführung eines neuen Bietergesprächs avisiert worden sei. Lediglich im letzten Telefonat sei es hierum gegangen. Zu diesem Zeitpunkt sei die Wertung jedoch bereits abgeschlossen gewesen und der Vorgang an die [...] weitergeleitet worden, so dass keine Möglichkeit einer Nachholung des von ihr versäumten Gesprächs mehr bestanden habe, um etwa durch die Öffnung der Urkalkulation die Preisbildung der in Rede stehenden Positionen im Beisein der ASt einzusehen.

Letztlich sei weiterhin unklar, wer in Bezug auf die ASt Bieterin im Vergabeverfahren sei. Aus den verschiedenen von der ASt eingereichten Unterlagen gehe nicht klar hervor, ob sie als Einzelbieterin mit Nachunternehmern oder aber in Bietergemeinschaft angeboten habe. Letzterenfalls wäre der allein von ihr gestellte Nachprüfungsantrag unzulässig.

- c) Die Bg wurde mit Beschluss vom 21. November 2017 zum Verfahren hinzugezogen. In Bezug auf die Frage der Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der ASt hat die Bg keine Stellungnahme abgegeben.
- d) Mit rechtlichem Hinweis vom 5. Dezember 2017 führte die Kammer die Frage in das Nachprüfungsverfahren ein, inwieweit die aufgestellten Zuschlagskriterien angesichts der Wertung von Unternehmensreferenzen auf der vierten Wertungsstufe mit 40 % vergaberechtskonform seien.
  - aa) Die Ag erwidert diesbezüglich, dass der Wortlaut „Referenzen“ vordergründig zwar eine Eignungsfrage betreffe. Ziel der Ag sei es jedoch gewesen, ein unterschiedliches Qualitätsniveau der Bieter auch beim Wirtschaftlichkeitsvergleich abbilden zu können. Es sei davon auszugehen, dass ein Bieter, der über mehr Erfahrung verfüge, die Leistungen (sowohl in Bezug auf das Bezahlssystem wie auch beim Bau der Säulen) besser erbringen werde als ein Bieter, der nur grundsätzlich geeignet sei. Dies zu bewerten sei im Rahmen des § 58 Abs. 2 Nr. 1 VgV zulässig. Jedenfalls sei die ASt mit einem etwaigen Vorbringen gegen die Zuschlagskriterien zum jetzigen Zeitpunkt präkludiert, so dass die Kammer den

vermeintlichen Vergabeverstoß nicht von Amts wegen berücksichtigen dürfe. Nur wenn ein schwerwiegender Fehler vorliege, etwa weil das Wertungssystem völlig unbrauchbar sei, dürfe die Kammer auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens hinwirken. Vorliegend sei jedoch die Fortsetzung des Verfahrens mit dem Zuschlag zugunsten der Bg möglich, da diese das einzig zuschlagsfähige Angebot abgegeben habe, so dass Defizite beim Aufstellen der Wertungskriterien ohne vergaberechtliche Relevanz seien.

bb) Die Bg trägt in Bezug auf den Hinweis der Kammer ebenfalls vor, dass die ASt mangels Rüge präkludiert sei. Im Nachprüfungsverfahren finde keine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle statt. Die Kammer beeinträchtige daher mit ihren Ermittlungen das Verfahren unangemessen, da sie den Zuschlag an die Bg verhindere, obwohl sich kein Bieter über die aufgestellten Zuschlagskriterien beschwert habe. Die ASt selbst berufe sich zudem auf ihre große Erfahrung, so dass sie durch die Wertung der „Referenzen“ bei den Zuschlagskriterien nicht beschwert werde. Außerdem sollten die „Referenzen“ nur die konzeptionellen Darstellungen der Bieter mit Beispielen unterfüttern und letztlich die Qualität der Produkte und Dienstleistungen zum Ausdruck bringen: Je häufiger etwa eine Säule erfolgreich errichtet worden sei, desto wahrscheinlicher sei, dass auch bei der hiesigen Ausschreibung ein qualitativ hochwertiges Produkt geliefert werde. Insofern habe der Begriff „Referenzen“ keinen Eignungs-, sondern einen konkreten Auftragsbezug. Die Ag sei zudem durch die Bekanntgabe dieser Kriterien an deren Verwendung gebunden.

3. In der mündlichen Verhandlung am 13. Dezember 2017 wurde der Sachverhalt umfassend, insbesondere im Hinblick auf den von der Ag beschrittenen Kommunikationsweg und die Tiefe der Aufklärungsfragen, erörtert. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2014 stellte die Ag klar, dass eine Abhilfe im Sinne einer Wiederholung der Aufklärungsmaßnahmen gegenüber der ASt aus ihrer Sicht nicht in Betracht komme. Es gebe keine Pflicht zur Führung der Kommunikation über die Vergabeplattform. Auch aus der Bekanntmachung könne dies nicht abgeleitet werden, da außerhalb der Angebotsunterlagenabforderung und des Einreichens der Angebote keine Kommunikationsvorgaben seitens der Ag aufgestellt worden seien, was auch aus der Angabe der E-Mail-Adresse und der Telefon- bzw. Fax-Nummer des [...] ableitbar sei. Entscheidend sei aber, dass das Schreiben der Ag der ASt tatsächlich zugegangen sei. Dass es wohl im Spam-Ordner der ASt gelandet sein solle, sei

nicht der Ag, sondern der ASt anzulasten, da dies in ihrem Risikobereich liege. Darüber hinaus habe die Ag weiterhin Bedenken in Bezug auf die Antragsbefugnis der ASt.

4. Auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, auf die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Auftrag oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts, liegen vor.

Die ASt ist antragsbefugt gem. § 160 Abs. 2 GWB. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch die Abgabe eines Angebots sowie durch die Rüge bzw. die Stellung des Nachprüfungsantrags hinreichend dokumentiert. Die ASt macht auch eine Verletzung in ihren Rechten geltend, da ihr Angebot aus ihrer Sicht zu Unrecht ausgeschlossen wurde. Soweit bei der Ag weiterhin Zweifel in Bezug auf die Beteiligungsform der ASt bestehen, wäre diese Frage ebenfalls (nochmals) aufzuklären (dazu sub 2. b)).

Was die Erfüllung der Rügeobliegenheit anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass die Bekanntmachung in der Rubrik VI.4.) – Rechtsbehelfsverfahren/Nachprüfungsverfahren – keinerlei Hinweis zu den Fristen des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 4 GWB enthält, so dass diese als Rechtsbehelfsfristen anzusehenden Fristen mangels Hinweises hierauf in der Bekanntmachung bereits nicht wirksam in Gang gesetzt wurden. Im Übrigen ist die ASt ihrer aber tatsächlich Rügeobliegenheit nachgekommen. Soweit die Ag die Rüge des falsch beschrittenen Kommunikationsweges „Fax“ anstelle der bekannt gemachten Nutzung der eVergabe-Plattform als verspätet geltend macht, kann ihr zunächst in tatsächlicher Hinsicht gefolgt werden; denn insoweit liegt eine „positive Kenntnis“ jedenfalls ab dem 27. September 2017 – der Tag, an dem sie die Fax-Schreiben der Ag vom 19. September 2017 wahrgenommen und deren Erhalt gegenüber der Ag bestätigt hatte – vor, so dass die am 13. November 2017 erhobene Rüge die 10-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GBW nicht einhielte. Allerdings beinhaltet die positive Kenntnis auch die – jedenfalls laienhafte – rechtliche Wertung, dass das Handeln des Auftraggebers rechtswidrig ist. Angesichts der

als jedenfalls nicht eindeutig zu bezeichnenden Rechtslage – die Ag beruft sich zur Rechtfertigung des Kommunikationsweges u.a. auf die Übergangsvorschrift des § 81 VgV – ist einem zumal im Ausland sitzenden und anwaltlich nicht vertretenen Unternehmen keine positive Rechtskenntnis oder jedenfalls ein mutwilliges Sich-Verschließen in diesem Punkt zu unterstellen. Hierfür liegen jedenfalls keine Anhaltspunkte vor; auch hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Ag diesbezüglich nichts Konkretes vorgetragen.

Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ist ebenfalls gewahrt; die ASt hat den Nachprüfungsantrag am gleichen Tag des Erhalt der Nichtabhilfemitteilung seitens der Ag gestellt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die Ag hat die ASt zu Unrecht aufgrund der aus ihrer Sicht verfristeten und unzureichenden Aufklärung des Preises bzw. der Frage nach eichrechtlichen Abnahme ihres Systems ausgeschlossen (dazu sub a)). Auch im Übrigen erscheint das Angebot der ASt aufklärungsfähig und -bedürftig (dazu sub b)). Als Rechtsfolge ist die Zurückversetzung des Verfahrens jedenfalls in die Phase der Aufklärung des Angebots der ASt geboten; eine weitergehende Zurückversetzungsmöglichkeit bleibt der Ag vorbehalten und unbenommen (dazu sub c)).

- a) Der Ausschluss des Angebots der ASt wegen der aus ihrer Sicht nicht bzw. nur verfristeten erfolgten Aufklärung ist vergaberechtswidrig.

Angesichts des Preisabstandes zu den übrigen Angeboten ist – bezogen auf den Gesamtangebotspreis – die Aufgreifschwelle für die Aufklärung gem. § 60 Abs. 1, 2 VgV zunächst eröffnet, unabhängig davon ob man auf die Bg oder den dritten Bieter abstellt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. April 2012, VII-Verg 61/11; vgl. Ziekow/Völlink/Vavra, Vergaberecht, § 16 VOB/A Rn. 46 unter Verweis auf OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27. September 2009, 15 Verg 3/09; BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 – X ZB 10/16).

Die Ag hat jedoch für ihre Aufklärungsmaßnahmen gegenüber der ASt (zwei Fax-Schreiben, jeweils vom 19. September 2017) den falschen Kommunikationsweg

beschritten, so dass die Ag sich nicht auf das Verstreichen der Frist seitens der ASt berufen kann. Im Einzelnen:

aa) Für die „*Kommunikation*“ im Vergabeverfahren enthält die Bekanntmachung der streitgegenständlichen Ausschreibung in Ziff.I.3 ausschließlich Angaben zur Nutzung der eVergabe-Plattform. Der alternative Kommunikationsweg „Fax“ wird auch nicht dadurch den Bietern transparent vor Augen geführt, dass in der vorstehenden Ziffer der Bekanntmachung u.a. die Faxnummer der Ag angegeben wird. Hierunter konnten die Bieter zwar auf diesem Weg ggf. weitere Auskünfte von der Vergabestelle erlangen. Dass die Ag ihrerseits auf diesem Weg die Bieter kontaktieren wolle, ergibt sich hieraus jedoch nicht. Einen transparenten Hinweis auf eine – nach Durchführung der Submission nach Aussage der Ag übliche und von ihr als „Medienbruch“ bezeichnete – Faxkommunikation gegenüber den Bietern enthält die Bekanntmachung ebenfalls nicht. Dies ergibt sich auch nicht im Umkehrschluss daraus, dass die Kommunikation über die eVergabe-Plattform thematisch „nur“ in den Zusammenhang mit dem Erhalt der Auftragsunterlagen und der Angebotsabgabe gestellt wird. Denn darauf beschränkte sich die Nutzung der Plattform schon nicht; so wurden etwa auch die Bieterfragen über die Plattform gestellt und von der Ag über diese beantwortet. Im formularmäßigen Angebotsanschreiben mussten die Bieter ebenfalls nur eine Telefon-, jedoch keine Faxnummer angeben. Für die Bieter war in der Gesamtschau der Vorgaben mithin nicht ersichtlich, dass die Ag die Vergabeplattform nach Submission nicht mehr für die Kommunikation nutzen, sondern diese direkt über Fax erfolgen werde.

Die Ag kann sich auch nicht mit Erfolg auf § 81 VgV berufen. Dass die Ag aktuell nicht verpflichtet ist, ausschließlich elektronische Mittel für die Kommunikation einzusetzen, ist für die vorliegende Fragestellung ohne Belang. Auch dass sie den Kommunikationsweg nach ihrer Wahl anders hätte definieren können, ist unstrittig. Vorliegend hat die Ag in der Bekanntmachung den Weg der von ihr ausgehenden Kommunikation jedoch auf die eVergabe-Plattform beschränkt. Daran muss sie sich jedenfalls solange festhalten lassen bis sie für die Bieter transparent eine anderslautende Regelung trifft.

bb) Die ASt hat auch nicht ihrerseits den Fax-Kommunikationsweg für das vorliegende Vergabeverfahren gegenüber der Ag eröffnet. Weder finden sich

entsprechende Angaben im Briefkopf noch enthalten die bei den Unterschriftsfeldern angebrachten Firmenstempel eine Faxnummer. Die Ag hat insoweit eingeräumt, dass sie sich selbst die Faxnummer von der [...] Internetseite der ASt besorgt hat. Die internationale (englischsprachige) Website [...] der ASt enthält demgegenüber keine Fax-, sondern (neben einem Kontaktformular und der Emailadresse) nur eine Telefonnummer. Die unterschiedliche Ausgestaltung der [...] und der internationalen Website belegt jedoch, dass die ASt für die mit dem Ausland abzuwickelnde Geschäftskommunikation keine Faxe empfangen möchte, sondern nur Kontaktmöglichkeiten per Email, dem Online-Kontaktformular oder Telefon eröffnet. Die ASt musste somit nicht damit rechnen, dass die Ag sie im vorliegenden Vergabeverfahren per Fax kontaktieren würde.

cc) Hinzu kommt, dass die Ag das Schreiben weder im Adressfeld noch in der Anrede einer konkreten Person zugeordnet hat. Unabhängig davon, ob dies dazu geführt hat – so die ASt -, dass das Schreiben im SPAM-Ordner gelandet ist, sollte der Auftraggeber bei einem für den Empfänger fremdsprachigen Schreiben das seinerseits Mögliche tun, um eine Zuordnung zu einer handelnden Person zu erleichtern; insbesondere wenn ein neuer, bislang nicht genutzter Kommunikationsweg beschritten und eine relativ kurze Frist von sechs Tagen über ein Wochenende hinweg für die Beantwortung der Fragen gesetzt wird.

Die Ag hat die Nichtabhilfemitteilung an die ASt mit einem Empfangsbekennnis versehen, um sich von dieser den Eingang bestätigen zu lassen; im Nachprüfungsverfahren verfährt sie ebenso mit den von ihr eingereichten Schriftsätzen. Auch wenn dies rechtlich im Vergabeverfahren nicht geboten ist, ist jedenfalls unerfindlich, weshalb sie bei der erstmaligen Kommunikation über Fax gegenüber der ASt nicht so vorgeht oder jedenfalls telefonisch die Korrektheit der Nummer im Vorfeld überprüft bzw. – wie bei Übermittlung per Fax im geschäftlichen Verkehr durchaus üblich – sich nicht im Nachgang telefonisch nach dem Zugang des Faxes erkundigt hat.

dd) Die ASt hat den von der Ag beschrittenen Kommunikationsweg auch nicht nachträglich geheilt, indem sie mit Schreiben vom 5. Oktober 2017 die Faxnummer als Kommunikationsweg akzeptierte. Dies wirkt nicht auf die Frage des Fristlaufs ab

dem 19. September 2017 zurück, sondern kann sich allenfalls auf die ab diesem Zeitpunkt stattfindende Kommunikation auswirken.

ee) Letztlich sind auch die von der Ag gestellten Fragen selbst nicht hinreichend klar und deutlich formuliert.

(1) Die Ag verlangt einerseits „auf Grund der Prüfung der Angemessenheit der Preise (...) eine Aufklärung in Textform über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung“; dies legt die Übersendung einer Aufschlüsselung des Gesamtpreises nahe. Da die Urkalkulation der Ag jedoch bereits vorlag, wird nicht klar, was mit der Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung gemeint ist. Am Prüfungskanon des § 60 Abs. 2 S. 2 VgV orientiert sich die Frage der Ag jedenfalls nicht. Die vom Bieter in Bezug auf seinen scheinbar ungewöhnlich niedrigen Preis zu beantwortenden Fragen können danach insbesondere die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder Erbringung der Dienstleistung verfügt, die Besonderheiten der besonderen Liefer- oder Dienstleistung sowie die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB oder die Gewährung einer staatlichen Beihilfe betreffen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16). In der mündlichen Verhandlung hat die Ag demgegenüber erklärt, dass sie lediglich eine pauschale Erklärung dergestalt seitens der ASt habe erhalten wollen, dass das Angebot auskömmlich sei. Dass eine bloße Bestätigung ausgereicht hätte, lässt sich der Frage indes nicht entnehmen (unabhängig von der Frage, ob dies tatsächlich nach der Rechtsprechung des BGH als „Prüfung“ eines ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angebotpreises ausgereicht hätte). Ausweislich des Vergabevermerks hatte die Ag auch konkrete Leistungspositionen im Angebot der ASt identifiziert, bei deren Einheitspreisen eine Kostenunterdeckung von ihr vermutet wurde. Auch wenn sich die Aufklärung auf die Angemessenheit des Gesamtpreises bezieht, ist es geboten, nicht nur den betroffenen Bieters zu einer allgemeinen Aufklärung aufzufordern, sondern vielmehr, die (vermeintlichen) konkret identifizierten Probleme anzusprechen (Dicks, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/prieß, VgV, § 60, Rn. 23). Auch aus diesem Grund ist ein zweites Nachfassen der Ag in Bezug auf die Preisprüfung geboten.

(2) Soweit die Ag andererseits gefragt hat, ob eine „*eichrechtliche Abnahme des Systems nach den neuesten Bestimmungen vorliegt*“, ist dies schon keine zulässige Frage für eine Aufklärung. Denn ausweislich der Leistungsbeschreibung (Ziffer 3.2) wird die Abnahme des ersten Systems erst vor dessen Inbetriebnahme und damit ca. drei Monate nach Auftragsbeginn erfolgen. Es ist daher keine Bedingung, die schon im Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder der Aufklärung erfüllt sein muss. Abgesehen davon, dass die ASt mit Schreiben vom 28. September 2017 erklärt hat, ein System entsprechend den aktuellen, deutschen eichrechtlichen Vorschriften zu liefern, hätte die Ag daher selbst aus der Beantwortung der Frage durch die ASt mit „*nein*“ keine negativen Schlüsse ziehen dürfen.

Die Ag hat daher im Ergebnis das Vergabeverfahren zumindest in den Stand der Prüfung der Angebote zurückzusetzen und die Aufklärungsmaßnahmen gegenüber der ASt zu wiederholen.

- b) Dies gilt auch in Bezug auf die Frage der Rechtsnatur der Beteiligungsform der ASt (Einzelbieterin mit Nachunternehmern vs. Bietergemeinschaft). Durch die Einreichung verschiedener, widersprüchlicher Formblätter hat die ASt zweifellos unklare Angaben gemacht. Diese sind – was der von Ag initiierte erste Aufklärungsversuch belegt – grundsätzlich einer Aufklärung zugänglich. Durch die Nachsendung des Leistungsverzeichnisses, in dem nicht mehr [...], sondern ausschließlich die ASt selbst als Bieterin genannt ist, ist davon auszugehen, dass die ASt als Einzelbieterin in Kombination mit Nachunternehmern auftritt. Soweit Restzweifel bestehen, kann sich die Ag die Widersprüche ausräumen lassen. Denn in Bezug auf die Frage der Verfristung und die Wahl des Kommunikationswegs gilt das oben Ausgeführte sinngemäß.
- c) Die Kammer sieht sich in Bezug auf die Wertungsvorgaben zu folgenden Ausführungen veranlasst. Wie bereits gegenüber den Verfahrensbeteiligten mit Hinweis vom 5. Dezember 2017 kommuniziert, begegnet das Zuschlagskriterium „Referenzen“, auch im Hinblick auf sein relatives Gewicht (40 %) gegenüber den anderen Kriterien, grundsätzlichen vergaberechtlichen Bedenken.

Die Berücksichtigung von klassischen Eignungsmerkmalen – wie hier der Referenzen – auf der Ebene des Wirtschaftlichkeitsvergleichs ist nur unter eingeschränkten

Voraussetzungen möglich. Eine Durchbrechung des Grundsatzes „kein Mehr an Eignung“ gestattet etwa § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV, wonach die Berücksichtigung der Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zulässig ist. Diese Bestimmung ist jedoch nicht einschlägig, da das Vorhandensein von Systemen bzw. Komponenten, nicht jedoch ein Eigenschaft des Personals des Bieters bewertet werden soll. Den „Erfolg und die Qualität“ erbrachter Leistungen im Sinne einer echten Referenz zu bewerten, gestattet nur § 65 Abs. 5 S. 1 VgV bei der Erbringung sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen. Die vorliegende Beschaffung fällt jedoch nicht unter dieses Sonderregime, da die bekannt gemachte CPV-Nummer (45315300 - Stromversorgungsanlagen) in Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU, auf den § 130 Abs. 1 GWB verweist, der wiederum von § 64 Abs. 1 VgV in Bezug genommen wird, keine Erwähnung findet.

Ag und Bg können auch nicht damit Gehör finden, das die „Referenzen“ vorliegend nur die missverständliche Wortwahl für die eigentlich zu prüfende „Produktqualität“ seien. Dass durch diese Einlassung zum Ausdruck kommende Verständnis belegt genau das, was durch die Trennung der Wertungsstufen gerade verhindert werden soll: Den Schluss aus der schieren Häufigkeit der Leistungserbringung auf dessen Güte ziehen zu können. Den Auftraggebern soll der Zuschlag an das „bekannte und bewährte“ Unternehmen gerade nicht durch den Umweg über ein Zuschlagskriterium gestattet werden, das vorliegend mit 40 % zudem noch am höchsten gewichtet ist. Unterstellt die Ag hätte tatsächlich ein berechtigtes Interesse an der Feststellung einer besonderen Eignung, wäre vorliegend deren rechtmäßige Berücksichtigung im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs möglich gewesen. Das nicht offene ist dem offenen Verfahren seit der Vergaberechtsreform 2016 gleichgestellt (§ 119 Abs. 2 S. 1 GWB), so dass ein „Mehr an Eignung“ graduell im Teilnahmewettbewerb zu betrachten gewesen wäre.

Die Kammer sieht jedoch vorliegend davon ab, das Kriterium von Amts wegen aufzugreifen und eine weitergehende Zurückversetzung (Überarbeitung der Vergabeunterlagen und neue Angebotsaufforderung) anzuordnen, da die ASt bereits mit ihrem Hauptantrag, gerichtet auf die Wiedereinbeziehung ihres Angebots, durchdringt. Darüber hinaus beruft sie sich auf ihre – gerade auch im Vergleich zur Bg – größere Erfahrung, so dass die Wertung ihrer Referenzen nach ihrem eigenen

Vortrag sie nicht in ihren Rechten zu verletzen droht. Da Bg und Ag ebenfalls keine Rechtsnachteile sehen, potentielle dritte Unternehmen auch nicht benachteiligt worden sein können, etwa durch das nachträgliche Fallenlassen ursprünglich aufgestellter Anforderungen, erscheint trotz der grundsätzlichen Bedenken in Bezug auf die Wertungssystematik eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens ab dem Zeitpunkt der Aufklärung des Angebots der ASt als möglich und ausreichend. Der Ag bleibt es unbenommen, das Vergabeverfahren ihrerseits weiter zurückzusetzen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 und S. 2 GWB.

Die Bg ist nicht als mit der Ag unterliegende Partei anzusehen. Die ASt hat auch nicht die Bg direkt angegriffen, da sie nur den Ausschluss ihres Angebots hat beseitigen wollen, wodurch sie keinen direkten Interessengegensatz zur Bg hergestellt hat. Diese hat sich in der Sache ausschließlich insoweit eingelassen, als sie zum Hinweis der Kammer zur Frage der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien Stellung genommen hat. Sie hat in Bezug auf den Hauptgegenstand des Nachprüfungsverfahrens weder schriftsätzlich noch in der mündlichen Verhandlung substantiell vorgetragen und auch keine Anträge gestellt, so dass sie kein Kostenrisiko auf sich genommen hat.

### 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.

Dr. Herlemann

Zeise