Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 148/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…],

gegen

[…],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…],

[…],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…],

wegen der Vergabe […], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Zimmermanns auf die mündliche Verhandlung vom 8. Januar 2018 am 12. Januar 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 27. November 2017 wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Kosten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin und des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen war notwendig.

I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen die Entscheidung der Antragsgegnerin (Ag), den Zuschlag an die Beigeladene (Bg) zu erteilen, da die Bg ein nicht auskömmlich kalkuliertes Angebot abgegeben haben soll und es ihr an der Eignung fehle.

1. Die Ag schrieb mit Bekanntmachung vom […].

   Den gesamten Auftragswert schätzte die Ag laut Vergabevermerk auf […] (brutto).

   Eine Aufteilung der ausgeschriebenen Installations- und Instandhaltungsarbeiten in Lose war nicht vorgesehen.

   In Ziff. VI.4.1 der Auftragsbekanntmachung ist die Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren mit korrekter Anschrift angegeben worden. Unter Ziff. VI.4.3 („Einlegung von Rechtsbehelfen“) wird § 160 Abs. 3 GWB wiedergegeben.

   Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Nach den Vorgaben der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (Ziff. 6) wird der Preis aus der Wertungssumme des Angebotes ermittelt.

   Das von den Bietern auszufüllende Leistungsverzeichnis sah unter den Ziffern 1.1 bis 1.22 die Leistungsbeschreibungen für die Installationsarbeiten der Abwasser-, Wasser- und Gasanlagen vor sowie unter Ziffer 1.23 die Position „Instandhaltungsarbeiten“, verbunden mit dem Hinweis:
   „HINWEIS INSTANDHALTUNG
   Mit dem Angebot über die Bauleistung ist auch ein Angebot über die Instandhaltung einzureichen, welches auch in der Wertung des Angebots berücksichtigt wird.

BITTE UM BEACHTUNG:
Das Angebot ist nur vollständig, wenn es sich auch auf diese Leistungen erstreckt (siehe hierzu auch das den Vergabeunterlagen beiliegende Formblatt 242).“

Mit dem den Vergabeunterlagen beigefügten Formblatt 242 (Instandhaltung) legte die Ag ein Vertragsformular „Instandhaltungsvertrag 2014“ vor sowie entsprechende Arbeitskarten. Mitgeteilt wurde ferner erneut, dass Gegenstand des Angebotes die Erstellung der Anlage als auch deren Inspektion, Wartung und Instandsetzung sei. Die von den Bietern geforderte Vergütung und die dazu geforderten Angaben seien im Vertragsformular und in den Beiblättern des Vertragsformulars einzutragen.

Die Vertragslaufzeit ist in Ziff. 8.1 des Instandhaltungsvertrages auf vier Jahre ab dem der Abnahme der Bauleistung folgenden Tag festgelegt worden.

Die maximale Reaktionszeit zur Störungsbeseitigung beträgt nach Ziff. 4.2 des Instandhaltungsvertrages 6 Stunden („max. Reaktionszeit zur Störungsbeseitigung beträgt 6,0 Stunden“).

Nach Ziff. 5.1 des Instandhaltungsvertrages ist die Vergütung als Festpreis abgegolten. Der Festpreis bezieht sich nach Ziff. 5.1.1 auf die regelmäßigen Wartungs-, Inspektions- und Instandsetzungsleistungen samt der benötigten Hilfsmittel und Hilfsstoffe. Mit dieser Vergütung sind auch alle sich daraus ergebenden Nebenkosten, insbesondere Fahrt- und Transportkosten, abgegolten. Nur für bestimmte Zusatzleistungen bestimmen Ziff. 5.1.2 iVm Ziff. 2.4. und 5.2. des Instandhaltungsvertrages neben einzelnen Stundenverrechnungssätzen auch eine Pauschale für „Fahrtkosten (An- und Abfahrt), je Auftrag“. Die im Vertrag anzugebende Angebotssumme für den Instandhaltungsvertrag setzt sich nach Ziff. 14 des Instandhaltungsvertrages aus dem Festpreis für die Wartungs- und Inspektionsarbeiten nach Ziff. 5.1 sowie Stundenlohnarbeiten für die Zusatzleistungen nach Ziff. 2.4 und Ersatzteile und Betriebsstoffe zusammen.

U.a. die ASt und die Bg gaben fristgemäß Angebote ab.

Die ASt bot die Installationsarbeiten ausweislich des Submissionsprotokolls vom 23. Oktober 2017 zu einer Angebotssumme von […] Euro an. Die Instandhaltungsarbeiten gab

die ASt unter Ziff. 14 des Instandhaltungsvertrages mit insgesamt […] Euro an. Die Gesamtsumme belief sich danach auf […] Euro.

Die Bg bot die Installationsarbeiten ausweislich des Submissionsprotokolls vom 23. Oktober 2017 zu einer Angebotssumme von […] Euro an. Die Instandhaltungsarbeiten gab die Bg unter Ziff. 14 des Instandhaltungsvertrages mit […] Euro an. Die Gesamtsumme belief sich danach auf […] Euro.

Am 26. Oktober 2017 forderte die Ag von allen Bietern, somit auch von der Bg und der ASt, die Aufgliederung der Einheitspreise ab, die diese auch fristgerecht übermittelten.

Die Ag stellte nach der Prüfung der Angebote am 6. November 2017 endgültig fest, dass für das Preisranking die Angebotssummen für die Instandhaltungsleistungen auf die vierjährige Vertragslaufzeit hochzurechnen und in den Wertungspreis einzubeziehen seien. Für die ASt ergab sich damit eine Angebotssumme für die Instandhaltung von […] Euro und für die Bg von […] Euro.

Unter Berücksichtigung dieser Beträge stellte die Ag folgende Gesamtangebotssummen (Wertungspreise) und Preisrankings für Bg und ASt fest:

- Für die Bg: […] Euro, rangierend auf Platz 1.
- Für die ASt: […] Euro, rangierend auf Platz 2.

Die Differenz der so ermittelten Wertungspreise für ASt und Bg beträgt danach […] Euro.

Mit Schreiben vom 17. November 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass ihr Angebot für den Zuschlag nicht berücksichtigt werde, da ein wirtschaftlicheres Angebot vorliege. Der Zuschlag sei auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 24. November 2017 rügte die ASt die Ablehnung ihres Angebotes sowie die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg. Zur Begründung trug die ASt vor, das Angebot der Bg sei unauskömmlich. Indiz dafür sei das niedrige Angebot der Bg „für das Los“ zum Instandhaltungsvertrag. Dieses liege weit entfernt von den übrigen Angeboten und sei auch nicht plausibel, weil die Bg eine sehr lange Anfahrtszeit im Störungsfall habe. Vor diesem Hintergrund sei auch nicht gewährleistet, dass die Bg die in Ziff. 4.2 des Instandhaltungsvertrages vorgesehene Reaktionszeit von max. 6 Stunden

einhalten könne. Das Angebot der Bg könne daher die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllen. Es sei auch nicht möglich, das Angebot der Bg über eine „losübergreifende Mischkalkulation“ als wirtschaftlichstes Angebot zu ermitteln, da deren Angebot zum „Hauptlos“ betr. die Installationsarbeiten oberhalb der Angebotssumme der ASt liege.

Am 27. November 2017 bestätigte die Ag dem Verfahrensbevollmächtigten der ASt den Eingang der Rüge. Von einer in einem ersten Telefonat avisierten Aussetzung der Zuschlagserteilung wurde in einem weiteren Telefonat Abstand genommen und mitgeteilt, der Zuschlag solle am 28. November 2017 erteilt werden, eine losweise Vergabe sei nicht ausgeschrieben worden.

Mit E-Mail vom 27. November 2017 kündigte der Verfahrensbevollmächtigte der ASt der Ag an, einen Nachprüfungsantrag zu stellen.

Im Anschluss an den Erhalt Rüge wandte sich die Ag per E-Mail, die in der Vergabeakte undatiert dokumentiert ist, an die für sie zuständige Aufsichtsbehörde, die […], und übermittelte den Nachprüfungsantrag der ASt. In diesem Zusammenhang wies die Ag gegenüber […] u.a. darauf hin, es sei davon auszugehen, die Angebotssummen der Bg entsprächen den an ihrem Standort im „strukturschwachen südlichen […]“ herrschenden Strukturen und Gegebenheiten in auskömmlicher Weise.

2. Mit anwaltlichem Schreiben vom 27. November 2017 beantragte die ASt sodann bei der Vergabekammer Baden-Württemberg die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der Antrag ging dort per Telefax am selben Tage ein und wurde von dort am 28. November 2017 der Ag übermittelt. Die Ag bestätigte den Empfang telefonisch am gleichen Tag.

   Die Vergabekammer Baden-Württemberg hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 1. Dezember 2017 zuständigkeitshalber an die Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt verwiesen, dort in elektronischer Form eingegangen am 5. Dezember 2017 und urschriftlich am 11. Dezember 2017, da der Auftrag dem Bund zuzurechnen ist.

   Die Vergabekammer hat mit Verfügung vom 12. Dezember 2017 zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung einen rechtlichen Hinweis erteilt, wonach für die im Nachprüfungsantrag aufgeworfene Frage nach der Unauskömmlichkeit des Angebotes der Bg auf

einen Vergleich der Angebotsendsummen abzustellen sei. Im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 31. Januar 2017 (Az.: X ZB 10/16) sei nicht ersichtlich, dass die Frage der Unauskömmlichkeit des Angebotes der Bg vor dem Hintergrund der deutlich über einer Million Euro liegenden Angebotsendsummen aufzugreifen und zu prüfen sei. Die Differenz der Angebotssummen der Angebote von ASt und Bg liege bei lediglich 4.532,24 Euro.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 19. Dezember 2017 hat die ASt ihr Vorbringen ergänzt und vertieft.

a) Die ASt führt zur Begründung ihres Nachprüfungsantrages aus, sie gehe davon aus, ein wirtschaftlich günstigeres Angebot als die Bg abgegeben zu haben. Das Angebot der Bg sei nämlich unauskömmlich kalkuliert und daher nicht zu berücksichtigen. Die ASt leitet dies daraus ab, dass das Angebot der Bg zu den Instandhaltungsarbeiten deutlich unter dem der ASt liege, während das Verhältnis der Angebotsendpreise für die Herstellungs- bzw. Installationsarbeiten als „Hauptangebot“ umgekehrt sei. Für die Frage, ob das Angebot der Bg auf die Auskömmlichkeit zu prüfen sei, komme es nicht auf prozentuale Aufgreifschwellen an, vielmehr seien die konkreten Umstände des einzelnen Vergabeverfahrens zu betrachten (funktionale Aufgreifschwelle). Danach sei das Angebot der Bg hier auf seine Unauskömmlichkeit deshalb zu prüfen, weil das „Hauptangebot“ der Bg für die Installationsarbeiten über das ersichtlich unangemessen niedrig kalkulierte „Teilangebot“ für die Instandhaltungsarbeiten zuschlagsfähig gemacht worden sei. Die von der Bg angebotenen Instandhaltungsarbeiten könnten, ausgehend von den Erfahrungen und Branchenkenntnissen der ASt, zu dem von ihr angebotenen Preis nicht wirtschaftlich erbracht werden. Zu rechnen sei nach den Erfahrungen der ASt für jeden Bieter wegen unterschiedlicher viertel-, halb- und jährlicher Wartungsintervalle nach den vorgegebenen Arbeitskarten ein hoher Wartungsaufwand von 30 Arbeitstagen, verteilt auf rund 20 mitunter mehrtägige Einsätze pro Jahr. Durch die Vielzahl der vor Ort erforderlichen Wartungstermine erhöhten sich die Anfahrtkosten, die aber nicht Bestandteil der Angebotsberechnung sein könnten, sondern nur als Anfahrtpauschale anfielen.

Des Weiteren bemängelt die ASt in ihrer Stellungnahme vom 19. Dezember 2017, die Bg sei offensichtlich ungeeignet, da sie die im Instandhaltungsvertrag geregelte höchstens sechsstündige Reaktionszeit für Störfälle von ihrem Standort in […] aus nicht erreichen könne. Die ASt trägt vor, es sei von einer Anfahrtszeit von vier bis fünf

Stunden auszugehen. Dabei seien Zeiten, die aus Verkehrsstörungen oder daraus resultieren könnten, dass erst Mitarbeiter von anderen Arbeiten abgezogen werden müssten, nicht berücksichtigt. Dies führe dazu, dass die Reaktionszeit im Ergebnis bei Ankunft am Störungsort der Ag im Wesentlichen verbraucht sei. Überdies sei nicht davon auszugehen, dass die Bg Personalreserven ohne Aufgabenzuweisung am Sitz der Ag vorhalte.

Überdies bemängelt die ASt in ihrer Stellungnahme vom 19. Dezember 2017 einen Verstoß gegen das Gebot der losweisen Ausschreibung für die Instandhaltungsarbeiten. Es bestehe im Hinblick auf § 5 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A EU keine Notwendigkeit, diese hier zusammen mit den Installationsarbeiten zu vergeben. Entsprechende Arbeiten würden am Markt durchaus auch losweise getrennt vergeben.

Die ASt beantragt,

1. Der Ag wird verpflichtet, den Zuschlag im Vergabeverfahren #17-06647 unter Berücksichtigung des Angebots der ASt und (hilfsweise) nur unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu erteilen.
2. Der ASt wird Akteneinsicht in die Vergabeakten des Ag gewährt.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird gemäß § 182 IV GWB für notwendig erklärt.

Mit anwaltlichen Schreiben vom 8. und 12. Dezember 2017 hat die ASt ihren Akteneinsichtsantrag konkretisiert.

b) Die Ag beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig.

Die Ag begründet ihre Anträge mit anwaltlichen Schreiben vom 11. und 21. Dezember 2017 wie folgt:

- Eine mögliche Rüge der ASt, es sei gegen das Gebot der losweisen Vergabe verstoßen worden, hält die Ag für präkludiert nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB, da bereits aus der Auftragsbekanntmachung ersichtlich gewesen sei, dass keine losweise Vergabe stattfindet. Im übrigen lägen wirtschaftliche und technische Gründe vor, die den Verzicht auf eine Aufteilung rechtfertigten. Diese Gründe werden in der Stellungnahme jedoch nicht konkretisiert.
- Die Ag sieht im Hinblick auf die Auskömmlichkeitsrüge der ASt keine Anhaltspunkte für eine Aufklärung des Angebots der Bg. Der Unterschied zwischen dem Gesamtangebot der Bg und dem zweitrangig platzierten Gesamtangebot der ASt betrage – im Hinblick auf die Wertungspreise von ASt und Bg – knapp 56.000 Euro, womit keine entsprechende Aufgreifschwelle erreicht werde bzw. keine Anhaltspunkte für eine negative Vertragserfüllungsprognose bestünden. Der Angebotspreis der Bg liege über dem Auftragsschätzwert. Anhaltspunkte für Unterkostenangebote bestünden nicht. Der geringere Angebotspreis der Bg gegenüber der ASt lasse sich durch Kostenvorteile im Personalbereich aufgrund des Tarifgefälles begründen. Der Preisvorteil der Bg resultiere im Wesentlichen aus dem gegenüber der ASt niedrigeren Pauschalpreis für Wartungs- und Inspektionsarbeiten. Dies sei ein wettbewerblich motivierter niedriger Ansatz, auf den das Vergabeverfahren gerade abziele. Auch seien die anzubietenden Tätigkeiten im Leistungsverzeichnis für alle Bieter ausführlich beschrieben, der Umfang somit für alle Bieter klar, so dass auch insoweit kein Anhaltspunkt bestehe, von unauskömmlich kalkulierten Preisen ausgehen zu können.
- Auch aus einem längeren Anfahrtsweg ließe sich nichts für einen unauskömmlichen Preis ableiten. Teile der Fahrkosten und insbesondere der Vergütung für Störungsbeseitigungen seien nicht Teil des Festpreises, der nach Ziff. 5.1 des Instandhaltungsvertrages für Wartungs- und Inspektionsarbeiten anzugeben gewesen sei.
- Des Weiteren trägt die Ag vor, sie habe keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bg aufgrund der Entfernung zwischen dem Sitz der Bg und dem Leistungsort die vertraglich definierte Reaktionszeit nicht einzuhalten in der Lage sei. Die Ag habe sowohl die Bg als auch die ASt bereits mit der Durchführung von Bauleistungen beauftragt und aus der Vertragsdurchführung keine Erkenntnisse gewonnen, auf deren Grundlage die Eignung der beiden Unternehmen in Zweifel zu ziehen sei. Überdies bezieht sich die Ag auf den Vortrag der ASt, wonach eine Anfahrt der Bg innerhalb der Reaktionszeit durchaus möglich sei.

- Soweit die ASt in ihrem Rügeschreiben von einer losweisen Vergabe bzw. vom Hauptangebot (betr. Installationsarbeiten) und Nebenangebot (betr. Instandhaltung) ausgegangen sei, wird darauf hingewiesen, dass keine losweise Vergabe erfolgt ist. Des Weiteren sei von einem Bieter lediglich ein einheitliches Angebot abzugeben gewesen, das sich auf die Installations- und Instandsetzungsarbeiten beziehe.

c) Die mit Beschluss vom 6. Dezember 2017 zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Bg beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg wird für notwendig erklärt.

Die Bg hat mit anwaltlichem Schreiben vom 11. Dezember 2017 und 4. Januar 2018 Stellung genommen. Sie macht sich im Wesentlichen den Vortrag der Ag zu eigen.

3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 8. Januar 2018 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert. Die Bg hat an der mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen.

Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung ergänzend ausgeführt, der aus ihrer Sicht niedrige Preis der Bg für den Instandhaltungsvertrag sei auch dadurch erklärbar, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Bg den nach den für den Instandhaltungsvertrag vorgeschriebenen Arbeitskarten Wartungsarbeiten nicht vollständig ausführen werde.

Im Zusammenhang mit der Frage nach der Losaufteilung zwischen dem Installationsauftrag und dem Instandhaltungsvertrag hat der Geschäftsführer der ASt in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass eine Trennung zwischen beiden Teilen in getrennte Lose nicht sinnvoll sei. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung zudem darauf hingewiesen, dass eine losweise Aufteilung

insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistungsregelung in § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B nicht in Betracht gekommen sei.

Die Kammer hat in der mündlichen Verhandlung über ihre Recherchen informiert, wonach de Bg über einen weiteren Standort bzw. ein Partnerunternehmen in […]. Recherchen der Kammer beim Routenplaner Google Maps im Internet haben zudem ergeben, dass die Anfahrtszeit vom Sitz der Bg in […] in rd. vier bis viereinhalb Stunden möglich ist, von […] sogar in rd. drei bis dreieinhalb Stunden.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (1.), aber unbegründet (2.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

   a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Bauauftrag im Anwendungsbereich der VOB/A-EU – sind zweifelsfrei erfüllt. Die Ag ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB, die Vergabekammer des Bundes ist demnach gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 1 GWB – wie in der Bekanntmachung korrekt angegeben - zuständig.

   b) Die ASt hat ein nach der Wertung der Ag zweitrangig nach der Bg platziertes Angebot abgegeben; sie ist damit grundsätzlich antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB.

      Die Antragsbefugnis ist auch gegeben, soweit die ASt eine Verletzung des §16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU behauptet, weil der Angebotspreis der Bg unangemessen niedrig erscheine und die Ag daher entsprechende Aufklärungsmaßnahmen hätte durchführen müssen. Die Vorschrift ist bieterschützend im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB (vgl. grundlegend BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, Az.: X ZB 10/16; ferner im Anschluss an diese BGH-Entscheidung auch jüngst: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. August 2017, Az.: Verg 17/17 in ausdrücklicher Abkehr von der bislang anders lautenden älteren Rechtsprechungs- und Vergabepraxis).

c) Ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist die ASt mit ihrem Rüge-Schreiben vom 24. November 2017 nachgekommen. Sie hat darin die Auskömmlichkeit des Angebotes der Bg sowie deren Eignung im Hinblick auf die Fähigkeit, den Standort […] innerhalb der sechsstündigen Reaktionsfrist bei Störfällen nach Ziff. 4.2 des Instandhaltungsvertrages erreichen zu können, rechtzeitig innerhalb der Frist von 10 Kalendertagen bemängelt. Die dafür notwendige Kenntnis der gerügten Vergaberechtsverstöße hatte die ASt erst im Hinblick auf die im Schreiben der Ag vom 17. November 2017 mitgeteilten Umstände.

Soweit die ASt in ihrer zweiten anwaltlichen Stellungnahme vom 19. Dezember 2017 im Nachprüfungsverfahren auch bemängelt hatte, die Instandhaltungsleistungen hätten gesondert als Fachlos ausgeschrieben werden müssen, hat sie in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass sie diesen Vortrag nicht als selbständige Rüge verstanden wissen wollte – diese wäre ohnehin nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 3 GWB präkludiert gewesen.

d) Auf die Mitteilung der Ag vom 27. November 2017, der Rüge der ASt nicht abhelfen zu wollen, hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag vom 27. November 2017 auch innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB gestellt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist allerdings unbegründet. Anhaltspunkte dafür, dass die Bg die in Ziff.4.2 des Instandhaltungsvertrages vorgegebene maximal sechsstündige Reaktionszeit in Störfällen nicht einhalten könne und die Bg daher nicht nach § 16b Abs. 1 Satz 2 VOB/A-EU die Gewähr böte, den Instandhaltungsvertrag erfüllen zu können, sind nicht ersichtlich (a). Das Angebot der Bg ist zudem mit den Maßgaben des § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU vereinbar. Der Angebotspreis der Bg erscheint nicht unangemessen niedrig, weshalb die Ag auch nicht gehalten war, entsprechende Aufklärungsmaßnahmen zu ergreifen (b).

a) Der Vortrag der ASt, die Bg sei – ausgehend von ihrem Sitz in […] – im Grunde nicht in der Lage, die nach Ziff. 4.2 des Instandhaltungsvertrages vorgegebene sechsstündige Reaktionszeit bei Störfällen am Standort der in […] zu errichtenden Anlage einzuhalten, weil sie zu lange brauche, um die Wegstrecke von […] in dieser Zeit zu

bewältigen, stellt die Eignung der Bg fundamental in Frage. Denn wenn die Rüge zuträfe, wäre die Bg technisch nicht leistungsfähig, weil sie per se nicht die Gewähr böte, mit Störfällen überhaupt vertrags-/termingerecht umgehen zu können.

Es sind aber keine Anhaltspunkte erkennbar, die die es rechtfertigen könnten, der Bg in dieser Hinsicht die Leistungsfähigkeit bzw. Eignung abzusprechen.

Soweit die ASt vorträgt, die Bg sei nicht in der Lage, von ihrem Sitz in […] die zu wartenden Anlagen in […] bei etwaigen Störfällen rechtzeitig innerhalb der vertraglich vorgegebenen maximal sechsstündigen Reaktionszeit zu erreichen, stützt sie das auf die Annahme, die Reaktionszeit sei durch eine vier- bis fünfstündige Anfahrtszeit mit dem Auto im Wesentlichen verbraucht. Auch sei davon auszugehen, dass die Bg zuvor noch Personal von anderen Aufträgen abziehen und umdisponieren müsse, was zusätzlich Zeit koste. Die ASt stützt sich für ihre Einschätzung auf eine Recherche mittels gängiger Routenplaner im Internet. Die Anfahrtszeit soll danach ohne Verkehrsstörungen über vier bis zu fünf Stunden betragen. Die beispielhaft durchgeführte Recherche der Kammer beim Routenplaner Google Maps im Internet, über die die Kammer in der mündlichen Verhandlung informiert hat, hat dies bestätigt. Für die Strecke […] ergab sich danach eine Zeitdauer für eine Anfahrt mit dem Auto von rd. vier bis viereinviertel Stunden. Danach geht also selbst die ASt davon aus, dass der Bg sogar eine Anfahrt mit eigenem Personal nach […] von ihrem Sitz in […] innerhalb der sechsstündigen Reaktionszeit möglich wäre.

Die Bg verfügt überdies, wie die Recherche der Kammer auf den Internetseiten der Bg sowie im Handelsregister B des AG […] ergeben und worüber die Kammer auch in der mündlichen Verhandlung informiert hat, auch über einen Standort bzw. ein eigenes Partnerunternehmen in […], von dem aus eine Anfahrt nach […] nach den von der Kammer beim Routenplaner Google Maps im Internet durchgeführten Recherche in rd. dreieinviertel bis dreieinhalb Stunden möglich wäre.

Zwischen den Beteiligten ist überdies unstreitig, dass binnen dieses Zeitraums ein etwaiger Störfall noch nicht behoben sein muss, sondern überhaupt auf eine Meldung seitens des Auftraggebers reagiert worden sein muss. Dies ist innerhalb der ermittelten Zeitfenster somit möglich.

Die Ag hat zudem in der mündlichen Verhandlung plausibel angeführt, dass eine Reaktion grundsätzlich auch auf telefonischem Wege möglich sei, um so ggf. Störfälle zu erfassen und geeignete Maßnahmen einzuleiten. Das hat auch die ASt dem Grunde nach nicht per se in Abrede gestellt. Auch dies ermöglicht somit eine fristgemäße Reaktion der Bg auf gemeldete Störfälle.

Vor diesem Hintergrund ist nichts ersichtlich, was die Eignung der Bg per se in Frage stellen könnte, allein aufgrund ihres Standortes in […] auf etwaige Störfälle nicht innerhalb des im Instandhaltungsvertrages vorgegebenen maximal sechsstündigen Zeitraums auf etwaige Störfälle zu reagieren.

Letztlich hat die Ag, durch die ASt unwidersprochen, vorgetragen, dass sie sowohl mit der Bg als auch der ASt in laufenden bzw. vergangenen Bauprojekten reibungslos zusammenarbeitet bzw. zusammengearbeitet hat und auch aus diesem Grund keinen Anhalt dafür hat, dass die Bg im Hinblick auf etwaige Störfälle keine Gewähr dafür bietet, ihren Leistungspflichten nicht nachkommen zu können oder zu wollen.

b) Das Angebot der Bg ist auch mit den Maßgaben des § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU vereinbar. Denn der Angebotspreis der Bg erscheint nicht unangemessen niedrig, weshalb die Ag auch nicht gehalten war, entsprechende Aufklärungsmaßnahmen zu unternehmen.

§ 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU schreibt vor, dass ein Auftraggeber dann, wenn ein Angebotspreis unangemessen niedrig erscheint, vor Ablehnung des Angebotes vom jeweiligen Bieter in Textform Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen hat. Dementsprechend bestimmt § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU, dass auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden darf.

aa) Die Vorschrift bezieht sich auf den Angebotspreis und damit auf den Gesamt- oder Endpreis, den ein Bieter für sein Angebot insgesamt festgesetzt hat. Der Eindruck eines ungewöhnlich niedrigen Angebots kann in erster Linie aufgrund des Preisabstands des betreffenden Angebots zu Konkurrenzangeboten und damit auf Grundlage eines Vergleichs der betr. Angebotspreise entstehen (vgl. Dicks, in Kulartz u.a.

(Hrsg.), Kommentar zur VgV, 2017, § 60 Rdnr.5 mwN zur Vorschrift des § 60 VgV, der § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A entspricht).

Für die Frage, ob der Angebotspreis der Bg eine Aufklärungspflicht nach § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU auslösen musste, ist danach zunächst auf den Vergleich der Endpreise von Bg und ASt für die von ihnen abgegebenen Angebote für die Installations- und Instandsetzungsarbeiten abzustellen wie sie durch die Ag im Submissionsprotokoll in der Spalte „nachgerechnete Angebotssumme brutto“ bestätigt worden sind. Der Endpreis der preislich insgesamt günstigsten Bg beträgt danach […] Euro, der Endpreis der ASt folgt dem der Bg in preislicher Hinsicht an zweiter Stelle und beläuft sich auf […] Euro. Die sich aus dem Vergleich der Angebotspreise ergebende Differenz bzw. der Preisabstand beläuft sich danach auf weniger als fünftausend Euro (4.532,24 Euro).

In einem weiteren Schritt kommt es sodann für eine Aufklärungspflicht des Auftraggebers an, ob ihm der Preisabstand unangemessen niedrig „erscheinen“ musste. Hierfür haben sich in der Rechtsprechung und Vergabepraxis prozentuale Aufgreifschwellen herausgebildet, deren Erreichen einen entsprechenden Eindruck indizieren. Das OLG Düsseldorf hat in der bereits zitierten jüngeren Entscheidung vom 2. August 2017 (Verg 17/17) unter Berufung auf die Grundlagenentscheidung des BGH vom 31. Januar 2017 betont, dass ein Auftraggeber zu einer Angemessenheitsprüfung nach § 60 VgV bzw. dem diesem entsprechenden § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU bei einem Erreichen einer Aufgreifschwelle von mindestens 20% verpflichtet sei. Dies heißt nichts Anderes, als dass - jedenfalls - ein Preisabstand von mindestens 20% ein unangemessen niedriges Erscheinen indiziert, und dann auch erst eine entsprechende Aufklärungspflicht des öffentlichen Auftraggebers auslöst.

Die Annahme einer Aufgreifschwelle entspricht dem prinzipiell wettbewerblichen Ansatz des Vergaberechts, mit dem es einem öffentlichen Auftraggeber gerade ermöglicht werden soll, das für seine Zwecke beste Angebot in einem funktionierenden wettbewerblichen Verfahren zu ermitteln. Dem entspricht es, dass die sich an einem solchen Verfahren beteiligenden Bieter, auch und in erster Linie über unterschiedliche Preisgestaltungen ihrer Angebote durchzusetzen versuchen. Dieser Ansatz des Vergaberechts bezweckt wettbewerblich motivierte Preise auch für bestimmte Angebotsteile wie hier die Instandhaltungsarbeiten.

Gemessen an diesen Anforderungen ist der hier festzustellende minimale Preisabstand zwischen den Angeboten von Bg und ASt in keinem Fall unangemessen niedrig und musste daher auch keine Aufklärungspflicht bei der Ag auslösen.

bb) An diesem Ergebnis ändert sich nichts, wenn statt auf die sich aus den Angeboten der Bg und der ASt ergebenden nachgerechneten Endpreise laut Submissionsprotokoll auf die von der Ag errechneten Wertungspreise abgestellt wird. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass die angebotenen Preise für den Angebotsteil der Instandhaltungsarbeiten auf die vierjährige Vertragsdauer hochgerechnet worden sind. Dann läge der Wertungsendpreis für die Bg bei […] Euro und für die ASt bei […] Euro. Der Preisabstand zwischen beiden Angeboten läge dann bei […] Euro, beträgt also knapp unter fünf Prozent. Auch danach war die Ag mithin nicht gehalten, die Angemessenheit des Angebotspreises der ASt aufzuklären, weil die in der jüngeren Rechtsprechung bestätigte 20-prozentige Aufgreifschwelle nicht erreicht wird.

cc) Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Preis der Bg – wie von der ASt vorgetragen – aus anderen Gründen als dem Abstand der Endpreise der Wettbewerbsangebote unangemessen niedrig erscheinen und daher eine Aufklärungspflicht der Ag auslösen musste.

Ergibt sich aus dem Vergleich der relevanten Angebote kein solcher Preisabstand, der als unangemessen niedrig „erscheint“, können sich Zweifel an der Verlässlichkeit des zu bezuschlagenden Angebotes und damit Anhaltspunkte für Wettbewerbsverzerrungen ggf. auch aus anderen Gesichtspunkten ableiten lassen (vgl. EuG, Urteil vom 14. September 2016, Rs. T-700/14, Rdnrn. 60 f.).

Das Vorbringen der ASt ergibt aber auch unter diesem Blickwinkel keine Anhaltspunkte für einen verzerrten Vergabewettbewerb.

(1) Die ASt leitet eine solche Wettbewerbsverzerrung aus einem Vergleich der Preisangebote von Bg und ASt für die Instandsetzungsverträge ab. Diese seien gleichsam abgrenzbare selbständige Angebotsteile, die überdies auch einer losweisen Ausschreibung zugänglich seien. Während die ASt für diese Arbeiten einen jährli-

chen Brutto-Preis von […] Euro angeboten habe, belaufe sich der der Bg auf lediglich […] Euro. Gemessen an den Anforderungen des Instandhaltungsvertrages mit zahlreichen viertel-, halb- und jährlichen Wartungsintervallen verschiedenster Anlagenteile sowie unter Berücksichtigung der Entfernung des Sitzes der Bg vom Standort der zu errichtenden baulichen Anlage könne der sehr niedrige Preis für die Instandhaltungsarbeiten der Bg nicht mehr wirtschaftlich sein. Die ASt hat dies in ihrer Stellungnahme vom 19. Dezember 2017 im Einzelnen aus dem Blickwinkel ihrer vorgeblichen Erfahrungen exemplifiziert. Außerdem sei, wie die ASt in der mündlichen Verhandlung ergänzend vorgetragen hat, nicht auszuschließen, dass sich der niedrige Preis des Instandhaltungsvertrages dadurch erkläre, dass die Bg den geheimen Vorbehalt habe, die für den Instandhaltungsvertrag vorgegebenen Arbeitskarten bei Auftragserhalt tatsächlich nicht vollständig abarbeiten zu wollen. Es komme hinzu, dass die Bg für die Installationsarbeiten geringfügig teurere Preise angeboten habe ([…] Euro) als die ASt ([…] Euro). Die Bg solle also nur wegen ihres unwirtschaftlich niedrigen Preises für den Instandhaltungsvertrag den Zuschlag erhalten.

(2) Es gibt aber auch vor dem Hintergrund dieses Vortrages keine Anhaltspunkte dafür, dass das Angebot der Bg als unangemessen niedrig bzw. wettbewerbsverzerrend erscheinen musste. Die von der ASt vorgetragenen Anhaltspunkte sind Ausfluss des im Vergabeverfahren veranstalteten Preiswettbewerbs. Dass sich der Wettbewerb gerade bei der Preissetzung für die mit anzubietenden Instandhaltungsarbeiten konkretisiert hat, ist somit keinesfalls vergaberechtswidrig.

(a) Es ist nicht ersichtlich, dass sich der ausgeschriebene Auftrag derart im Sinne der ASt aufteilen ließe, dass der mit anzubietende Instandsetzungsvertrag ein verselbständigter Angebotsteil wäre, der nach der Annahme der ASt gleichsam wie ein eigenständiges Fachlos handhabbar und daher und ausschließlich separat zu prüfen bzw. preislich separat zu betrachten wäre. Die Ag hat insofern in der mündlichen Verhandlung sachlich nachvollziehbare Gründe dafür vorgetragen, den Auftrag einheitlich auszuschreiben und dementsprechend im Übrigen auch keine losweise Trennung vorzunehmen. Die Ag hat hierzu nachvollziehbar die Gewährleistungsregelung des § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B für die von ihr in dem zu errichtenden Neubau zu installierenden Anlagen ange-

führt. Danach sei es der Ag wichtig gewesen, die Verjährungsfrist für Sachmängelansprüche bei den ausgeschriebenen Neu-Installationsleistungen von zwei auf vier Jahre zu verlängern, indem sie den mit den Installationsarbeiten zu beauftragenden Unternehmer auch mit der Wartung der Anlage betrauen wollte. Auch die ASt hat darauf in der mündlichen Verhandlung letztlich nicht in Abrede gestellt, sondern im Gegenteil bestätigt, dass vor diesem Hintergrund ein einheitlicher Auftrag sinnvoll sei.

Ein solchermaßen einheitlich ausgeschriebener und sachlich begründbar auszuschreibender Auftrag ist im Hinblick auf die Auskömmlichkeit der Preise auch nur einheitlich zu betrachten, indem letztendlich auf den Gesamtpreis abgestellt wird. Dass einzelne Positionen in den Angeboten konkurrierender Bieter wettbewerblich motiviert unterschiedlich ausfallen können, versteht sich von selbst und ist nach dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz auch so bezweckt. Es macht in einem einheitlichen Auftrag, der aus Bau- und Instandhaltungsleistungen besteht, vor diesem Hintergrund keinen Unterschied, ob sich der Preiswettbewerb bei einzelnen Installationsarbeiten, bei den abschließenden allfälligen Dokumentationsarbeiten oder auch – wie hier – bei Instandhaltungs- und Wartungsarbeiten realisiert.

(b) Soweit die ASt zudem in der mündlichen Verhandlung ergänzend angeführt hat, es sei nicht auszuschließen, dass die Bg die nach dem Instandhaltungsvertrag einzuhaltenden Arbeitskarten nicht vollständig abarbeite, dadurch Kosten einspare und ihr niedriger Instandhaltungspreis sich so erklären ließe, ist dies pure Spekulation. Hierfür finden sich keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil hat die Ag in der mündlichen Verhandlung hierzu vielmehr vorgetragen, dass die Ausführung der in den Arbeitskarten vorgesehenen Wartungsleistungen im Rahmen der Durchführung des Instandhaltungsvertrages kontrolliert und die Bg überdies nur den im Instandhaltungsvertrag vereinbarten Festpreis abrechnen können würde.

(c) Es ist schließlich auch nicht ersichtlich, dass der Preis der Bg für den Instandhaltungsvertrag Ausdruck eines falschen Preises im Sinne einer Mischkalkulation ist. Dies ist schon deshalb nicht plausibel, weil der Preis für die Instand-

haltung im Instandhaltungsvertrag ein Festpreis ist. Hinsichtlich der Preisansätze für die Installationsarbeiten fehlt es ebenfalls an Anhaltspunkten, dass hier Positionen wettbewerbsverzerrend aufgepreist worden sind.

c) Nach allem ist der Nachprüfungsantrag der ASt daher zurückzuweisen.

III.

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

Der ASt sind die Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Aufwendungen der Beigeladenen nur erstattungsfähig, soweit sie der unterlegenen Partei aus Billigkeitsgründen aufzuerlegen sind. Da die Bg hier hinsichtlich ihrer Eignung sowie der Auskömmlichkeit ihrer Preise unmittelbar durch den Nachprüfungsantrag der ASt betroffen war, sie zudem Anträge zur Sache gestellt und insofern ein Kostenrisiko auf sich genommen hat, entspricht es der Billigkeit, wenn die unterliegende ASt die Aufwendungen übernimmt.

Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg war im Hinblick auf die durch den Nachprüfungsantrag aufgeworfenen spezifischen Rechtsfragen, die spezialisierten vergaberechtlichen Sachverstand erforderten, den ein Unternehmen von der Größe der Bg regelmäßig nicht vorhält, notwendig, § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB, § 80 VwVfG (Bund). Hinzu kommt der Aspekt der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt.

Auch die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig nach § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB, § 80 VwVfG (Bund). Zwar ist die Ag als Vergabestelle mit der Durchführung von Vergabeverfahren regelmäßig befasst und daher auch für die streitgegenständlichen vergaberechtlichen Fragen grundsätzlich selbst hinreichend sachkundig. Allerdings war hier eine Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten im Hinblick auf die spezifischen verfahrensrechtlichen Fragestellungen im Nachprüfungsverfahren geboten, denn die ASt hatte den Nachprüfungsantrag zunächst bei der sachlich nicht zuständigen und in der Bekanntmachung auch nicht angeführten Vergabekammer Baden-Württemberg gestellt. Der Gesichtspunkt der prozessualen Waffengleichheit gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt greift auch hier.

VI.

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 Dr. Brauser-Jung