

**Leitsätze:**

1. Nach § 107 Abs. 2 GWB ist nur ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und einen Schaden durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen kann. Die Antragsbefugnis und damit der Zugang zum vergaberechtlichen Primärrechtsschutz entfällt, wenn eindeutige und zwingende Ausschlussgründe vorliegen, die die Chance der antragstellenden Partei auf Zuschlagserteilung zunichte machen.  
Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist aber dann denkbar, wenn alle Bieter zwingend ausgeschlossen werden müssten und deshalb das Vergabeverfahren aufgehoben werden muss. Es ist nicht notwendig, dass die im Raum stehenden Angebotsmängel identisch oder gleichartig sind. Vielmehr ist es ausreichend, dass die Mängel gleichwertig sind, also auf der Rechtsfolgeseite denselben Stellenwert haben und deshalb dieselbe Konsequenz, wie etwa den zwingenden Angebotsabschluss, nach sich ziehen müssen. In einem solchen Fall liegt ein denkbarer Schaden des Bieters darin, dass ihm die Möglichkeit genommen wird, sich im Falle der Neuausschreibung wiederum am Wettbewerb beteiligen zu können. Auch wenn ein Bieter mit seinem Angebot selbst auszuschließen ist, kann er einen Nachprüfungsantrag auf die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes stützen, wenn auch hinsichtlich des weiteren allein noch in der Wertung verbliebenen Angebots ein zwingender Ausschlussgrund besteht.
2. Nach § 16 EG Abs. 3 VOL/A müssen die Angebote alle geforderten Angaben, Erklärungen und Preise enthalten. Unvollständige Angebote sind auszuschließen ( § 19 EG Abs. 3 a VOL/A ). Zwar räumt neuerdings § 19 EG Abs. 2 VOL/A den Bietern ein, fehlende Erklärungen und Nachweise auf Anforderung der Auftraggeber nachzureichen, diese Möglichkeit gilt jedoch nicht für wesentliche Preisangaben.

**Antragstellerin:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
( *Antragstellerin - ASt* )

**Vergabestelle:** .....  
( *Vergabestelle - VSt* )

**Beigeladene:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
( *Beigeladene - BGI* )

**Vergabeverfahren:** .....  
*Offenes Verfahren gem. § 3 EG Abs. 1 VOL/A-EG*

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 03.02.2011 durch den Vorsitzenden ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**B e s c h l u s s :**

1. Es wird festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Der Vergabestelle wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr wird auf x.xxx,- € festgesetzt.  
Auslagen werden nicht erhoben.

**S a c h v e r h a l t :**

**1.**

Mit Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx im Supplement zum EU-Amtsblatt schrieb die VSt 4 ..... ( Los 1 ), 1 ..... für ... ( Los 2 ) und einen Reinigungs- und Desinfektionsautomat für ..... ( Los 3 ) im Offenen Verfahren aus.

Die Bieter konnten ein Angebot abgeben für ein Los, mehrere Lose oder alle Lose ( Ziffer 5.1 der Angebotsanforderung ). Die VSt behält sich die Vergabe nach Losen vor.

Ziffer 7 der ausgereichten Vergabeunterlagen forderte die Bieter auf, Vertragsangebote über die Wartung/Instandhaltung beizulegen. Unter Ziffer 7.1 ist darauf hingewiesen, "*dass die Vertragsangebote bei der Beurteilung des Gesamtangebotes als wesentlich mit herangezogen*

gen werden. Fehlen oder nicht ausreichende Beurteilungsfähigkeit dieser Vertragsangebote kann den Ausschluss des Bieters von der Wertung zur Folge haben".

Im einzelnen waren Vertragsangebote zu unterbreiten zu:

7.1.1 Instandhaltung mit Verfügbarkeitsgarantie

7.1.2 Instandhaltung

7.1.3 Teilwartung

Hierzu hatten die Bieter in den Vergabeunterlagen auf den Seiten 31 ff. getrennt für das jeweilige Vertragsangebot mehrere Erklärungen und Preise anzugeben.

Als Zuschlagskriterien waren bekanntgegeben ( Ziffer II Nr. 1 der Aufstellung vom xx.xx.xxxx ):

Preis:	50 %
Qualität:	10 %
Funktionalität:	10 %
Folgekosten:	10 %
Wartung:	20 %

## 2.

Schlusstermin für den Eingang der Angebote war nach Ziffer IV.3.4) der Bekanntmachung der 26.11.2010.

Am Wettbewerb beteiligt haben sich 5 Firmen. Angebote für die Lose 1 und 2 haben nur die ASt und die BGI abgegeben.

Nach rechnerischer Prüfung der Angebote belegte die BGI den ersten Rang sowohl bei der Gesamtsumme der Lose als auch bei den jeweiligen Einzellosen.

## 3.

Mit Fax vom 21.12.2010 informierte die VSt die Bieter, dass der Zuschlag auf das Angebot der BGI beabsichtigt sei. Das Angebot der ASt könne nicht bezuschlagt werden, weil es nach § 19 Abs. 8 u. 9 VOL/A-EG aus preislichen Gründen nicht das wirtschaftlichste sei.

Unter Ziffer 6 des Informationsschreiben hat die VSt bekanntgegeben:

niedrigster Angebotspreis

höchster Angebotspreis

Los 1 xxx.xxx,xx €

Los 1 xxx.xxx,xx €

Los 2 xxx.xxx,xx €

Los 2 xxx.xxx,xx €

Los 3 xx.xxx,xx €

Los 3 xxx.xxx,xx €

**4.**

Am 22.12.2010 rügte die ASt eine Teststellung, die ausschließlich der BGI eingeräumt worden sei. Dies widerspreche dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

Die VSt hat die Rüge am 23.12.2010 zurückgewiesen mit der Begründung, dass die Teststellung erst nach Abschluss der Angebotswertung stattgefunden habe und deshalb keinen Einfluss auf die Zuschlagsentscheidung haben können.

**5.**

Am 29.12.2010 rügte die ASt:

1. Unter Ziffer 6 des Absageschreibens seien teilweise Brutto- und zum Teil Nettopreise dargestellt. Deswegen könne nicht ausgeschlossen werden, dass bei Los 2 das Angebot der ASt das kostengünstigste sei.
2. Die VSt stütze die Wertung der Angebote allein auf den Preis, der nur mit 50 % gewichtet sei. Wegen der engen Preisfolge bei Los 2 und 3 könne eine alleinige Berücksichtigung des Preises die Wertung nicht tragen.
3. Ferner hält die ASt ihren Vorwurf aufrecht, dass einem Mitbewerber eine Demo/Teststellung ermöglicht worden war.

**6.**

Mit Nachprüfungsantrag vom 30.12.2010 beantragt die ASt:

1. ein Nachprüfungsverfahren in Bezug auf das von der VSt durchgeführte Vergabeverfahren "Ausrüstung für .....", bekanntgemacht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom xx.xx.xxxx, einzuleiten und
  - a. festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist,
  - b. der VSt aufzugeben, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen,
  - c. hilfsweise, der VSt aufzugeben, das Vergabeverfahren aufzuheben,
  - d. hilfsweise: andere geeignete Maßnahmen zu treffen,  
und
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren

Zur Begründung wiederholt und vertieft die ASt die in der Rüge vorgebrachten Gründe.

**7.**

Die Vergabekammer hat den Antrag am 30.12.2010 an die VSt übermittelt und um Stellungnahme und Aktenvorlage gebeten.

**8.**

Mit Begleitschreiben der VSt vom 12.01.2011 nimmt das die Ausschreibung betreuende Ingenieurbüro zur Rüge Stellung:

1. Es treffe der Vorwurf zu, dass im Absageschreiben beim höchsten Angebotspreis zu Los 1 der Nettopreis bekanntgegeben worden sei. Eine Berichtigung führe aber nicht zu einer Änderung der Bieterreihenfolge. Bei den anderen Losen seien korrekt die jeweiligen Bruttopreise ausgewiesen.
2. Im Absageschreiben sei zwar nur der Preis als Kriterium ausgewiesen. Dies bedeute aber nicht, dass die Zuschlagkriterien Qualität, Funktionalität, Folgekosten und Wartung nicht gewertet worden seien. Dies zeige der Preisspiegel und die Aufstellung im Prüfbericht.
3. Die .....leitung habe am 13.12.2010 die Vergabe entschieden. Nach der Entscheidung habe auf Wunsch eines ..... die BGI am 22.12.2010 die Möglichkeit zu einer Gerätedemonstration bekommen. Die Geräte seien von der BGI am 24.12.2010 wieder abgeholt worden .

**9.**

Der Antragserwiderung ist die ASt mit Schreiben vom 19.01.2011 entgegengetreten. Sie hält ihren Rügevortrag aufrecht.

Weiter führt sie zur Angebotswertung des Loses 1 und 2 aus, dass im Prüfbericht eine Prüfung und Gewichtung der Kriterien Qualität, Funktionalität, Folgekosten und Wartung nicht festgehalten sei. Es werde lediglich festgestellt, die geforderte Qualität und Funktionalität werde "vorgehalten", sei "vorhanden" oder sei "enthalten". Das Wertungsergebnis, dass zwischen den Angeboten der ASt und der BGI keine signifikanten Qualitäts- und Funktionsunterschiede bestehen würden, sei nicht transparent dargestellt und treffe auch nicht zu. Die Produkte der ASt würden eine ganze Reihe technischer Vorzüge gegenüber den Produkten der BGI aufweisen.

Hinsichtlich des Loses 3 würden die Kriterien Qualität und Funktionalität nicht einmal im Prüfbericht erwähnt.

**10.**

Unter Beachtung des § 111 GWB wurden der ASt am 12.01.2011 und 20.01.2011 Auszüge aus der Vergabeakte zugesandt.

Am 24.01.2011 forderte die ASt weitergehende Akteneinsicht, insbesondere in das Angebot der BGI. Die Vergabekammer hat dies aus Gründen des Geheimschutzes abgelehnt.

**11.**

Am 20.01.2011 wurde die Fa. .... zum Verfahren beigegeben.

**12.**

Im Schreiben vom 26.01.2011 trägt die VSt vor, dass wegen des beträchtlichen Preisunterschiedes zwischen der ASt und der BGI selbst eine signifikant bessere Wertung der ASt bei den weiteren Kriterien die Reihenfolge der Angebote nicht hätte ändern können.

**13.**

Am 27.01.2011 weist die BGI darauf hin, dass der Inhalt ihres Angebots ein Geschäftsgeheimnis sei. Mit einer Offenlegung sei sie nicht einverstanden.

Zur Rüge trägt sie vor:

1. Der Vortrag der VSt zur versehentlichen Benennung des Nettopreises beim Höchstpreiseintrag zu Los 1 sei nachvollziehbar. Erkennbar habe dies keinen Einfluss auf die Angebotswertung gehabt.
2. Aus der Vorabinformation, das Angebot der ASt könne wegen des Preises nicht berücksichtigt werden, kann nicht gefolgert werden, dass die anderen Zuschlagskriterien nicht ordnungsgemäß angewandt worden seien. Die BGI tritt der Behauptung der ASt entgegen, dass ihre Geräte nicht mit den Produkten der ASt gleichwertig seien.
3. Die VSt habe die ASt nicht diskriminiert, indem sie nur der BGI eine Probebestellung eingeräumt habe, weil es sich um ein technisches Aufklärungsgespräch nach § 18 S. 1 VOL/A-EG gehandelt habe. Gegenstand des Gesprächs sei eine technische Abklärung für die Installation der zu liefernden Geräte im Haus der VSt gewesen. Der Ortstermin habe damit ausschließlich der technischen Installationsvorbereitung gedient.

Die BGI gehe davon aus, dass der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist.

**14.**

Am 27.01.2011 hat die Vergabekammer die ASt darauf hingewiesen, dass in ihrem Angebot die Preisangaben zu Bedarfspositionen und ein Angebot zu Teilwartungsvertrag fehlen. Damit bestünden Zweifel an ihrer Antragsbefugnis.

Am 28.01.2011 teilt die ASt mit, dass der Antrag aufrecht gehalten wird.

Das Angebot der ASt sei vollständig. Die VSt habe im Schreiben vom 11.11.2010 unter Punkt 8 und am 18.11.2010 unter Punkt 7 mitgeteilt, dass es den Bietern frei stehe, die Bedarfspositionen zu bepreisen. Folglich könne ein Angebot wegen fehlender Preise bei den Bedarfspositionen nicht ausgeschlossen werden.

Der fehlende Teilwartungsvertrag sei kein zwingender Ausschlussgrund. Allenfalls hätte die VSt den Teilwartungsvertrag nachfordern müssen ( § 19 EG Abs. 2 VOL/A ). In den Vergabeunterlagen sei auf S. 36 lediglich festgelegt, dass das Fehlen den Ausschluss von der Wertung zur Folge haben kann. Damit liege es im Ermessen der VSt, ein Angebot aufgrund des fehlenden Wartungsvertrags auszuschließen.

Wegen der verweigerten Akteneinsicht in das Angebot anderer Bieter könne die ASt nicht überprüfen, ob dort nicht gleichfalls die von der Vergabekammer gerügten Punkte fehlen. Sollte dies der Fall sein, so würde sich daraus die Antragsbefugnis der ASt ergeben.

Im Schriftsatz vom 31.01.2011 verweist die ASt auf die Rechtsprechung des BGH v. 26.09.2006 - X ZB 14/06. Dort sei festgehalten, dass eine Antragsbefugnis unabhängig davon sei, ob bei dem Angebot eines Antragstellers ein Ausschlussgrund bestehe oder nicht bestehe.

**15.**

Am 30.01.2011 wurden der BGI Auszüge aus der Vergabeakte zugesandt, soweit diese nicht geheimhaltungswürdig nach § 111 GWB waren.

**16.**

Im Schreiben vom 02.02.2011 trägt die ASt im Ergebnis vor, dass wegen schwerwiegender Mängel das laufende Vergabeverfahren rechtmäßig nicht durch Zuschlag beendet werden könne.

Die ASt bestreitet mit Nichtwissen, dass im Angebot der BGI kein Ausschlussgrund vorgelegen habe und fordert die Vergabekammer auf, auf die Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens hinzuwirken.

**17.**

In der mündlichen Verhandlung am 03.02.2011 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das Protokoll wird verwiesen.

Die ASt bekräftigt ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 30.12.2010 mit der Maßgabe, dass nunmehr als Hauptantrag beantragt wird, der VSt aufzugeben, den Zuschlag nicht an die BGI zu erteilen.

Die VSt beantragt, den Antrag abzulehnen.

Die BGI verzichtet auf eigene Anträge.

**18.**

Der Vorsitzende hat am Ende der mündlichen Verhandlung die Fünf-Wochen-Frist bis einschließlich 18.02.2011 verlängert.

**Gründe:**

**1.**

Der Antrag ist zulässig.

- a)** Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b)** Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 GWB.
- c)** Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB.
- d)** Der Schwellenwert von 193.000,- € für die ausgeschriebene Lieferleistung ist überschritten.
- e)** Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt ( § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB ).
- f)** Die ASt hat am 29.12.2010 unverzüglich gerügt, nachdem ihr am 23.12.2010 die Zuschlagsentscheidung zugunsten der BGI zugegangen war.

**2.**

Der Antrag ist begründet.

Eine Erteilung des Auftrags an die BGI verstößt gegen die Bestimmungen über das Vergabeverfahren und verletzt die ASt in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB.

Das Angebot der BGI ist unvollständig und kann deshalb nicht bezuschlagt werden.

- a)** Der ASt fehlt die Antragsbefugnis, soweit sie die wirtschaftliche Wertung der Angebote rügt.

Nach § 107 Abs. 2 GWB ist nur ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und einen Schaden durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen kann. Die Antragsbefugnis und damit der Zugang zum vergaberechtlichen Primärrechtsschutz entfällt, wenn eindeutige und zwingende Ausschlussgründe vorliegen, die die Chance der antragstellenden Partei auf Zuschlagserteilung zunichte machen ( OLG Schleswig v. 10.03.2006 - Verg 13/05 ).

Die ASt hat im streitgegenständlichen Vergabeverfahren keine Chance auf den Auftrag, weil ihr Angebot wegen Unvollständigkeit zwingend auszuschließen ist.

Nach § 16 EG Abs. 3 VOL/A müssen die Angebote alle geforderten Angaben, Erklärungen und Preise enthalten. Unvollständige Angebote sind auszuschließen ( § 19 EG Abs. 3 a VOL/A ).

Unstrittig fehlen im Angebot der ASt die geforderten Eintragungen zum Teilwartungsvertrag. Statt die verlangten Preise und Erklärungen anzugeben, hat die ASt auf Seite 35 der Vergabeunterlagen "Ø kein Teilwartungsvertrag" eingetragen und auf Seite 36 erklärt, dass sie Teilwartungsverträge nicht anbietet.

Die fehlenden Angaben können auch nicht nachgereicht werden.

Zwar räumt neuerdings § 19 EG Abs. 2 VOL/A den Bietern ein, fehlende Erklärungen und Nachweise auf Anforderung der Auftraggeber nachzureichen. Diese Möglichkeit gilt jedoch nicht für wesentliche Preisangaben.

Im anzubietenden Teilwartungsvertrag waren wesentliche Preise, wie z.B. Kostenanteil Routinewartung, Jahrespauschale, verschiedene Stundensätze anzugeben. Bereits in den Vergabeunterlagen hat die VSt mehrmals hingewiesen ( siehe z.B. Seite 36 ), dass sie die Angaben zu den Wartungsangeboten für die Wertung als wesentlich beurteilt.

Die Antragsbefugnis des Antragstellers bleibt nicht deswegen erhalten, weil der sich aus §§ 16 EG Abs. 3 , 19 EG Abs. 3 Buchst. a VOL/A ergebende Ausschlussgrund nicht durch einen Beteiligten in das Verfahren eingeführt worden ist, sondern erstmals durch die Vergabekammer aufgegriffen wurde. Es ist unerheblich, ob die Vergabestelle ein an sich zwingend auszuschließendes Angebot als wertungsfähig behandelt und in die Phase der Wirtschaftlichkeitsprüfung übernommen hat. Dem Antragsteller steht kein schützenswertes Vertrauen dahin zu, dass auch die Vergabeprüfungsinstanzen zwingende Ausschließungsgründe ignorieren ( OLG Jena v. 28.04.2003 - 6 Verg 2/03 ).

Demnach konnte die Vergabekammer das Angebot der ASt von sich aus auf Vollständigkeit prüfen. Nach §§ 110 Abs. 1, 114 Abs. 1 GWB ist die Vergabekammer an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken.

Es ist offensichtlich, dass das Angebot der ASt nicht vollständig ist. Die Vollständigkeitsprüfung liegt nicht im Ermessen der VSt, vielmehr ist sie hierzu nach § 19 EG Abs. 1 VOL/A verpflichtet.

- b)** Trotz einem eigenen unvollständigen Angebot fehlt der ASt nicht das Rechtsschutzbedürfnis, den Ausschluss der BGI zu fordern.

Zwar setzt die Antragsbefugnis regelmäßig ein eigenes wertbares Angebot voraus. Nur so kann einem Antragsteller durch Verletzung seiner Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB ein Schaden entstanden sein oder drohen ( § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB ).

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist aber dann denkbar, wenn alle Bieter zwingend ausgeschlossen werden müssten und deshalb das Vergabeverfahren aufgehoben werden muss ( BGH v. 26.09.2006 - X ZB 14/06 ). Es ist nicht notwendig, dass die im Raum stehenden Angebotsmängel identisch oder gleichartig sind. Vielmehr ist es ausreichend, dass die Mängel gleichwertig sind, also auf der Rechtsfolgesseite denselben Stellenwert haben und deshalb dieselbe Konsequenz, wie etwa den zwingenden Angebotsausschluss, nach sich ziehen müssen ( Summa in juris Praxiskommentar Vergaberecht, Rdnr. 97 zu § 107 GWB ). In einem solchen Fall liegt ein denkbarer Schaden des Bieters darin, dass ihm die Möglichkeit genommen wird, sich im Falle der Neuausschreibung wiederum am Wettbewerb beteiligen zu können ( OLG München v. 07.04.2006 - Verg 5/06 ). Auch wenn ein Bieter mit seinem Angebot selbst auszuschließen ist, kann er einen Nachprüfungsantrag auf die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes stützen, wenn

auch hinsichtlich des weiteren allein noch in der Wertung verbliebenen Angebots ein zwingender Ausschlussgrund besteht ( OLG Karlsruhe v. 06.02.2007 - 17 Verg 5/06 ). Das laufende Vergabeverfahren kann dann nicht rechtmäßig mit Zuschlag beendet werden.

So liegt der Fall hier.

Am Wettbewerb zu Los 1 und 2 haben sich nur die ASt und die BGI beteiligt.

**aa)** Das Angebot der BGI ist zu Los 2 unvollständig, weil geforderte Erklärungen und Preisangaben fehlen.

In dem von der VSt vorgelegten Preisspiegel ist bei Los 2 festgehalten, dass zu den Positionen 2.500, 2.510 und 2.520 kein Angebot der BGI vorliegt. In den Positionen waren ein .....gerät zur ....., eine Antriebseinheit für ..... und eine ..... mit ..... anzubieten. Statt der geforderten Angaben und Preise findet sich im Angebot der BGI in den Pos. 2.510 und 2.520 ein Hinweis auf Anlage 4. In Anlage 4 erklärt die BGI zur "*Pos. 2.510 und 2.520 S.107/108*", dass die Antriebseinheit für ..... und die ..... mit ..... zur Zeit nicht angeboten und daher für diese beiden Positionen der Preis nicht angegeben werden könne.

Nach den Festhaltungen der VSt im Preisspiegel werden für diese Geräte 5-stellige Preise erwartet. Es handelt sich demzufolge nicht um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen können. Damit ist eine Nachforderung der fehlenden Preise durch § 19 EG Abs. 2 VOL/A nicht gedeckt.

**bb)** Die BGI kann auch nicht mit Los 1 oder Los 3 beauftragt werden.

Zu Los 3 fehlt ein Vertragsangebot über die Wartung/Instandhaltung, diesbezüglich ist das Angebot der BGI unvollständig.

Das Wartungs-/Instandhaltungsangebot der BGI zu Los 1 ist unklar.

Zwar finden sich bei der BGI auf Seite 31 ff des Angebots Erklärungen und Preisangaben zu den Wartungsverträgen. Jedoch stellen die Angaben auf die zu liefernden Anlagen/Systeme in der Summe auf Los 1 und 2 ab. Eine Aufschlüsselung der Angaben und Preise jeweils für Los 1 oder Los 2 ist nicht dargestellt und kann den einzelnen Losen auch anderweitig nicht transparent zugeordnet werden. Da eine Gesamtbeauftragung von Los 1 und 2 wegen der o.g. Mängel in Los 2 aus-

scheidet, kann mangels separater Preisangabe für die Wartung/Instandhaltung zu Los 1 auch ein Zuschlag auf das Einzellos 1 nicht erfolgen.

Zudem sind die Preisangaben der BGI zu den Wartungs-/Instandhaltungsverträgen unklar. Im Angebot finden sich Preisangaben auf den Seiten 31 ff. und unter Anlage 6. Ein Vergleich zeigt unterschiedliche Preisangaben für die eingeforderte Wartungs- bzw. Instandhaltungsleistung.

Damit kann im streitgegenständlichen Vergabeverfahren der Zuschlag weder der ASt noch der BGI erteilt werden. Die Angebote beider Bieter sind unvollständig. Weitere Angebote über Los 1 oder Los 2 liegen der VSt nicht vor.

Sind alle Angebote unvollständig, so muss der Auftraggeber über die Aufhebung oder die Fortführung des Vergabeverfahrens entscheiden. Bei einer Vergabe nach Losen kann das Vergabeverfahren nach § 20 EG VOL/A-EG teilweise aufgehoben werden. Die fristgebundene Nachforderung der fehlenden Erklärungen bei allen Bietern ermöglicht eine transparente und diskriminierungsfreie Fortsetzung des Verfahrens. Ein solches Vorgehen ist nicht vergaberechtswidrig. Liegt kein vollständiges und damit auch kein zuschlagsfähiges Angebot vor, liegt es im pflichtgemäßem Ermessen des Auftraggebers zu entscheiden, ob er das Vergabeverfahren aufhebt oder ob er eine andere Möglichkeit nutzt, das Vergabeverfahren transparent und diskriminierungsfrei fortzuführen ( OLG Rostock v. 30.06.2010 - 17 Verg 2/10 unter Verweis auf BGH v. 26.09.2006 - X ZB 14/06 und BGH v. 01.08.2006 - X ZR 115/04 ).

### **3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt, da sie unterlegen ist ( § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB ).

**a)** Die Kostenerstattungspflicht der VSt gegenüber der ASt ergibt sich aus § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB.

**b)** Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war angesichts der sachlichen und insbesondere rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig ( § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG ).

Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der ASt nicht zumutbar war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

- c) Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keine Sachanträge gestellt und damit kein Kostenrisiko auf sich genommen. Eine Kostenerstattung durch andere Beteiligte kommt daher im Umkehrschluss ebenfalls nicht in Betracht.
- d) Die Gebühr war nach § 128 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.  
Im Hinblick auf die Angebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.
- e) Der Kostenvorschuss wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurück überwiesen.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....