

Leitsätze:

1. Die Antragsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist nicht relevant, wenn die VSt auf die Frist in der Bekanntmachung nicht hingewiesen hat.
2. Hat ein Bieter zwar alle Erklärungen abgegeben und das Leistungsverzeichnis vollständig ausgefüllt, jedoch subjektiv die Absicht, die Ausführung der Leistung abweichend vom Angebot durchzuführen, fehlt diesem Bieter die notwendige Zuverlässigkeit.
3. Bedient sich ein Bieter der Fähigkeiten Dritter zur Leistungserbringung, so muss die VSt auch die Eignung der Dritten vor Zuschlagserteilung prüfen können. Hierzu kann sie mit dem Angebot zunächst die Angabe von Nachunternehmerleistungen fordern.
4. Bei der Abgrenzung von Nachunternehmerleistungen und reinen Hilfsleistungen kommt es entscheidend darauf an, welche konkreten Leistungen nach dem ausgeschriebenen Vertrag im Einzelnen zu erbringen sind.

**Antragstellerin:**

.....

**Bevollmächtigte:**

.....

**( Antragstellerin - ASt )**

**Vergabestelle:**

.....

**( Vergabestelle - VSt )**

**Beigeladene:**

.....

**Bevollmächtigte:**

.....

**Vergabeverfahren:**

**Versorgung ..... mit Verpflegung**

**Fachlos:**

**Los 1 - Getränke**

**Offenes Verfahren nach § 3 EG Abs. 1 VOL/A**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 31.03.2016 durch die Vorsitzende ....., 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 aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.
6. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

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

#### **1.**

Die VSt schrieb im EU-Amtsblatt vom xx.xx.xxx die Versorgung ..... mit Verpflegung (Lose ... - ...) im Offenen Verfahren aus. Streitgegenständlich ist das Los 1 – Getränke.

Schlussstermin zur Angebotsabgabe war der x.xx.xxxx.

Vertragslaufzeit ist lt. Bekanntmachung der xx.xx.xxxx bis xx.xx.xxxx.

Zuschlagskriterien sind gem. Vergabeunterlagen der Preis (25%) und Geschmack und Geruch/Aussehen (75%).

In der Bekanntmachung hat die VSt nicht auf die Frist des § 107 Abs. 3, S. 1, Nr. 4 GWB hingewiesen.

#### **2.**

In Ziffer 15 der Bewerbungsbedingungen heißt es:

Folgende Erklärungen sind dem Angebot beizufügen:

1. Erklärung zum Unterauftragnehmer
2. Verpflichtungserklärungen

...

Den Vergabeunterlagen waren die Formblätter 116 und 117 beigelegt.

In diesen steht:

Blatt 116

...

Sollen Leistungen an Unterauftragnehmer vergeben werden?

Nein

ODER

Ja

Unterauftragnehmer

Es ist anzugeben, welche der im Leitungsverzeichnis angeführten Leistungen durch Unterauftragnehmer ausgeführt werden sollen, ...

Art und Umfang der Leistungen:

\_\_\_\_\_

Name und Anschrift der / des Unterauftragnehmer/s

\_\_\_\_\_

...

Leistungen, die erst nach Zuschlagserteilung von Unterauftragnehmern ausgeführt werden sollen, dürfen nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung durch den Auftraggeber an diesen vergeben werden.

Mit ist bekannt, dass ich bei Nichtabgabe der Erklärung oder bei unvollständiger oder nicht rechtzeitiger Abgabe bei der betreffenden Auftragsvergabe unberücksichtigt bleibe.

Ich bin mir bewusst, dass eine wissentlich falsche Angabe der vorstehenden Erklärungen meinen Ausschluss von diesem Vergabeverfahren zur Folge hat.

Blatt 117

...

Falls nicht zutreffend bitte ohne Eintragung beifügen

Verpflichtungserklärung Teilleistung durch andere Unternehmen

Name des Bewerbers/ der Bietergemeinschaft	_____
-----------------------------------------------	-------

Name des Unternehmers Unterauftragnehmers), das die Teilleistung erbringt _____
Gegenstand der Teilleistung _____

Ich/ wir verpflichte/n mich / uns, im Falle der Auftragsvergabe an den o.g. Bewerber die bezeichnete Teilleistung zu erbringen.

...

_____	_____
Datum	Unterschrift des Unternehmers, dessen Leistungsfähigkeit / Fachkunde sich der Bieter bedient
_____	_____
Datum	Unterschrift des Bieters

In § 1 der Besonderen Vertragsbedingungen sind die zu belieferten .../ ..... konkret benannt.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die in der Anlage aufgeführten Lebensmittel zu den dort angegebenen Qualitäten bzw. Art auf Bestellung der u.a. ..../ ..... an diese zu liefern:

...

In § 6 heißt es zu Lieferfrist, Bestellung und Anlieferung

...

Werden die bestellten Lebensmittel nicht fristgemäß angeliefert, so ist die zu belieferte ..../ ..... berechtigt, ohne vorherige Ankündigung die Abnahme abzulehnen, einen Deckungskauf vorzunehmen und dem AN etwaige Mehraufwendungen in Rechnung zu stellen.

...

### 3.

Die ASt und die BGI haben sich mit einem Angebot hinsichtlich der Lose 1 am Verfahren beteiligt. Die BGI hat erklärt, dass sie keine Nachunternehmerleistungen habe, indem sie im FB 116 „nein“ ankreuzte. Verpflichtungserklärungen hat sie nicht eingereicht.

Die Wertung der VSt ergab, dass das Angebot der ASt auf der Rangstelle hinter dem Angebot der BGI liegt.

**4.**

Mit Schreiben vom 02.12.2015 teilte die VSt der ASt gem. § 101 a GWB mit, dass das Angebot der ASt für Los 1 aus wirtschaftlichen Gründen nicht berücksichtigt werde.

Es sei beabsichtigt, den Zuschlag für Los 1, nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Frist (10 Kalendertage bei elektronischem Versand), auf das Angebot der BGI zu erteilen.

Das Informationsschreiben war mit „Entwurf“ überschrieben und ist per Email versandt worden an die ASt.

Am 16.12.2015 erteilte die VSt den Zuschlag auf das Angebot der BGI.

**5.**

Mit Schreiben vom 17.12.2015 rügte die ASt, die beabsichtigte Bezuschlagung des Angebots der BGI. Diese habe unzutreffende Erklärungen abgegeben hinsichtlich der Leistungen, die an Unterauftragnehmer erteilt werden. Die BGI befinde sich derzeit auf der Suche nach Unterauftragnehmern für das Los 1. Sie sei nach Submission erstmals an ein Unternehmen für den streitgegenständlichen Auftrag herangetreten. Im Angebot habe diese aber vermutlich „keine Unterauftragnehmer“ angekreuzt. Eine solche Falschangabe sei ein Ausschlussgrund.

**6.**

Mit Email vom 18.12.2015 teilte die VSt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe. Der Zuschlag sei bereits am 16.12.2015 unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen an die BGI erteilt worden.

**7.**

Mit Schreiben vom 30.12.2015 rügte die ASt die Zuschlagserteilung an die BGI. Diese sei vergaberechtswidrig erfolgt. Es habe kein verbindliches Informationsschreiben nach § 101 a GWB vorgelegen. Bei dem Schreiben vom 02.12.2015 handle es sich ausdrücklich lediglich um einen Entwurf. Zudem enthalte das Schreiben auch keine Angabe des frühesten Zuschlagstermins.

Dieser Verstoß gegen § 101 a GWB führe zur Unwirksamkeit des Vertrages nach § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB.

**8.**

Mit Schreiben vom 08.01.2016 teilte die VSt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe. Die Vorabinformation vom 02.12.2015 sei verbindlich und ausreichend gewesen. Der Zuschlag sei vergaberechtskonform erteilt worden.

**9.**

Am 15.01.2016 stellten die Bevollmächtigten der ASt Nachprüfungsantrag und beantragten:

- I. Den zwischen dem Antragsgegner und der Beizuladenden am 16.12.2015 geschlossenen Vertrag über die nach Los 1 des im Vergabeverfahren „Versorgung ..... mit Verpflegung , xx.xx.xxxx bis xx.xx.xxxx“ ausgeschriebenen Auftrags für unwirksam zu erklären;
- II. Den Antragsgegner zu verpflichten, das Angebot der BGI von der Wertung auszuschließen;
- III. Den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag auf das Angebot der ASt zu erteilen;
- IV. Hilfsweise zu II. und III.: Das Vergabeverfahren in den Stand vor Wertung der Angebote zurückzusetzen und die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
- V. Der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
- VI. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gem. § 128 GWB für notwendig zu erklären;
- VII. Dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

Der Antrag sei zulässig und begründet.

Die ASt habe am 17.12.2015 rechtzeitig gerügt, dass die BGI fehlerhafte Angaben im Formblatt 116 gemacht haben könnte und dass das Formblatt 117 fehle. Darüber habe die ASt am 15.12.2015 Kenntnis erhalten.

Die Frist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB sei nicht anwendbar hinsichtlich der Rügerückweisung vom 18.12.2015, da die Rechtsbehelfsfrist in der Bekanntmachung nicht angegeben war.

Der Nachprüfungsantrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages nach § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB sei auch fristgerecht innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes vom 18.12.2015 (Mitteilung der VSt, dass Zuschlag erfolgt sei) erfolgt.

Der Vertrag sei nach § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam.

Die VSt habe gegen § 101a verstoßen.

Das Schreiben vom 02.12.2015 erfülle nicht die Anforderungen des § 101a GWB. Zum einen sei das Schreiben als Entwurf gekennzeichnet und nicht unterschrieben. Zum anderen enthalte es nicht das konkrete Zuschlagsdatum. Es sei für die ASt nicht erkennbar gewesen, dass hier etwas Verbindliches erklärt werden soll.

Das Angebot der BGI sei gem. § 19 EG Abs. 3 a) VOL/A auszuschließen.

Es enthalte nicht die geforderten Erklärungen. Die BGI habe in das Formblatt 116 nicht die Unterauftragnehmer eingetragen und nicht die Verpflichtungserklärungen nach FB 117 abgegeben. Insbesondere habe die BGI weder die nun vertraglich gebundene Fa. X noch die ASt, die nun ihr Subsubunternehmer sei, angegeben in ihrem Angebot.

#### **10.**

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 18.01.2016 der VSt zugestellt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

#### **11.**

Mit Schreiben vom 05.02.2016 beantragte die VSt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der ASt trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Antrag sei unzulässig und unbegründet.

Die ASt habe ihren Antrag nicht innerhalb der 15-Tagefrist des § 107 Abs. 3 S.1 Nr. 4 GWB gestellt, nachdem sie am 18.12.2015 die Rügeabweisung erhalten habe.

Auf eine Bekanntmachung dieser Frist käme es nicht an.

Die ASt habe auch die 30-Tagefrist des § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB nicht gewahrt.

Die ASt hatte mit der Email vom 02.12.2015 positive Kenntnis erlangt von etwaigen Formfehlern des Informationsschreibens.

Ein Verstoß gegen § 101a GWB liege nicht vor. Der Vertrag sei daher wirksam.

Das Informationsschreiben vom 02.12.2015 enthielt alle erforderlichen Angaben. Insbesondere müsse der ASt aus der Email klar gewesen sein, dass es sich um ein verbindliches Informationsschreiben nach § 101a GWB handelt. Die Kennzeichnung des Schreibens als Entwurf sei eine offensichtliche irrtümliche Falschbezeichnung. Diese Falschbezeichnung vereitle insbesondere nicht den Rechtsschutz der ASt.

Ein konkretes Zuschlagsdatum sei nicht erforderlich. Es sei aus den Vergabeunterlagen ersichtlich, wann der Zuschlag erteilt werde.

Auch eine Unterschrift sei nicht erforderlich.

Das Angebot der BGI sei nicht auszuschließen gewesen.

Die Information des ASt, erstmals per Telefon am 15.12.2015, dass die BGI einen Subunternehmer beauftragt habe, sei eine Pauschalbehauptung, welche die VSt nicht zu überprüfen habe.

Die BGI habe die Formblätter ausgefüllt abgegeben. Da sie keine Nachunternehmer angegeben habe, habe sie auch keine Verpflichtungserklärungen anzugeben gehabt.

## **12.**

Am 15.02.2016 wurde die ..... zum Verfahren beigelegt.

## **13.**

Mit Schreiben vom 16.02.2016 teilte die BGI mit, dass der Antrag unzulässig und unbegründet sei.

Die ASt habe auch im Rahmen des § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB unverzüglich zu rügen i.S.d. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Die ASt habe mit Schreiben vom 02.12.2015 Kenntnis von einem vermeintlichen Verstoß gegen § 101a GWB erlangt und diesen erst am 30.12.2015 gerügt. Selbst mit Annahme der Kenntnis am 18.12.2015 sei die Rüge nicht mehr unverzüglich.

Ein Hinweis auf die Rügeobliegenheit in der Bekanntmachung sei nicht erforderlich.

Ein Verstoß gegen § 101a GWB liege nicht vor.

Sowohl die Bezeichnung des Schreibens als Entwurf als auch die Nennung des Zuschlagstermins seien nicht hinderlich, das Schreiben als verbindlich und ausreichend zu erkennen. Die ASt habe sich zudem anderweitig informieren können und eine Rechtsprüfung vornehmen können.

Der Vertrag sei wirksam zustande gekommen.

Ein Ausschluss des Angebots der BGI wäre vergaberechtswidrig.

Das Angebot der BGI weise sämtliche nach den Vergabeunterlagen geforderte Erklärungen und Bestandteile auf.

Die Formblätter 116 und 117 seien ordnungsgemäß ausgefüllt. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe habe die BGI noch keine Unterauftragnehmer zur Übernahme einzelner Leistungsbestandteile gebunden.

Die Ausschreibung habe unklar gelassen, welche Produkte die Dienststellen in welchen Mengen tatsächlich beziehen wollen.

Daher habe die VSt in dem FB 116 auf die Möglichkeit hingewiesen Unterauftragnehmer nachträglich zu benennen. Es genüge, wenn der Bieter zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns die erforderlichen Sach- und Personalmittel habe.

Die VSt hatte insbesondere keine Prüfpflicht aufgrund eines Anrufs der ASt.

Der Zuschlag sei rechtmäßig erteilt.



Ein Verstoß gegen § 101a GWB alleine reiche im Übrigen nicht aus, um die Unwirksamkeit des Vertrags zu begründen.

**14.**

Mit Schreiben vom 17.02.2016 teilte die ASt mit, dass § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB vorliegend keine Anwendung finde, da die Bekanntmachung nicht auf die Frist hingewiesen habe. Die Frist des § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB sei gewahrt. Die ASt habe erst am 18.12.2015 von dem Verstoß der VSt Kenntnis erlangt. Es sei nicht erkennbar gewesen, dass die VSt aufgrund eines Entwurfsschreibens den Zuschlag erteilen wolle. Daher sei die ASt von einem vorläufigen Schreiben ohne Rechtsbindungswillen ausgegangen. Es seien daher auch keine rechtlichen Prüfungen veranlasst gewesen. Auch habe die ASt keine Pflicht, sich über den Zeitpunkt des Zuschlags eigenständig zu informieren. Die sei gerade Sinn und Zweck der § 101a GWB-Information.

Die VSt habe es der ASt in einem Telefonat am 15.12.2015 zudem bestätigt, dass es sich um ein Entwurfsschreiben handle. So sei der Rechtsschutz der ASt jedenfalls vereitelt worden.

Es liege ein Verstoß gegen § 101a GWB vor, da ein wirksames Informationsschreiben vor Zuschlag nicht versandt wurde. Eine Rüge sei hier nicht erforderlich, da die ASt erst nach Zuschlagserteilung Kenntnis erlangte von dem Verstoß. Ein Ausschluss der BGI sei zudem zwingend erforderlich. Die BGI hat in ihrem Angebot nicht die mittlerweile beauftragten Sub- bzw. Sub-Sub-Unternehmen (die .....; die ASt) angegeben und auch die Verpflichtungserklärungen nicht abgegeben. Die VSt sei verpflichtet gewesen, das Angebot der BGI hierauf zu überprüfen.

**15.**

Mit Schreiben vom 24.02.2016 teilte die BGI mit, dass die Voraussetzungen des § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB vorliegend nicht erfüllt seien. Insbesondere entfalle hier nicht die Rügepflicht. Die ASt habe am 02.12.2015 Kenntnis erlangt von dem vermeintlichen Verstoß. Da die BGI zum Zeitpunkt des Angebots keine Unterauftragnehmer gebunden hatte, habe sie diese auch nicht angeben können. Die Lieferanten seien erst später einbezogen worden. Dies habe das Vergabeverfahren auch so vorgesehen. Die Vergabeentscheidung sei inhaltlich zutreffend.

**16.**

Mit Schreiben vom 24.02.2016 und 29.02.2016 teilte die ASt erneut mit, dass der Antrag zulässig sei. Eine Rüge sei nach Vertragsschluss obsolet. Die Rüge sei dennoch rechtzeitig erfolgt. Eine anwaltliche Beratung konnte erst am 28.12.2015 erfolgen. Insbesondere kom-

me es auf die Unverzüglichkeit der Rüge nach der aktuellen EuGH-Rechtsprechung nicht mehr an. Die Frist des § 101b Abs. 2 Satz 2 GWB sei eingehalten. Der Verstoß sei ihr am 18.12..2015 zur Kenntnis gelangt.

Die ASt habe vorher keine Kenntnis gehabt, dass ein verbindliches Absageschreiben gewollt gewesen sei. Ein Zuschlagstermin sei nicht genannt worden.

Eine Angabe der Nachunternehmer zum Zeitpunkt des Angebots sei auch ohne bekannte Mindestmengen erforderlich gewesen. Die Dienststellen seien bekannt gewesen.

So habe die BGI bereits bei Angebotsabgabe gewusst, dass sie Nachunternehmer beschäftigen werde für das Los 1. Dennoch habe sie erklärt, dass sie keine Nachunternehmer einsetze. Eine nachträgliche Verpflichtung derer sei nicht mehr möglich. Insbesondere handle es sich bei dem Vorgehen der BGI nicht um eine wesentliche Vertragsänderung, die den Austausch von Nachunternehmern ermögliche.

Die BGI habe die Ausschreibungsunterlagen, die eine Verpflichtungserklärung mit Angebotsabgabe verlangen, nicht gerügt und sei nun an diese gebunden. Mangels Abgabe der erforderlichen Erklärungen sei das Angebot der BGI auszuschließen.

§ 19 EG Abs. 3 lit. a VOL/A sei bieterschützend.

#### **17.**

Mit Schreiben vom 09.03.2016 teilte die VSt mit, dass der Hinweis auf § 107 Abs. 1 Nr. 1 GWB in den Vergabeunterlagen enthalten sei. Dies reiche aus.

Im Übrigen habe die BGI alle notwendigen Erklärungen abgegeben und die notwendigen Unterlagen vorgelegt. Die VSt sei zum Zeitpunkt des Zuschlags nicht veranlasst gewesen, die BGI auszuschließen. Der Zuschlag sei rechtmäßig gewesen am 16.12.2015.

#### **18.**

Mit Schreiben vom 11.03.2016 hat die BGI ihr Vorbringen vertieft.

Die ASt hätte den vermeintlichen Verstoß gegen § 101a GWB unverzüglich rügen müssen. Diese Rügepflicht entfalle vorliegend nicht. Mit der Rüge am 30.12.2015 sei sie in jeder Hinsicht zu spät, selbst bei Kenntniserlangung erst am 18.12.2015. Dies seien mehr als zehn Tage.

Es liege kein Ausschlussgrund für das Angebot der BGI vor. Diese habe vorliegend die Möglichkeit, die Nachunternehmer nachträglich zu benennen. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des Formblattes. Die Erklärung wurde vollständig und fehlerfrei abgegeben. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe seien keine Unternehmer gebunden gewesen. Es liege auch keine fehlende Erklärung vor.

Eine Forderung von Verpflichtungserklärungen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe sei zudem unzulässig.

Unklarheiten der Vergabeunterlagen dürften zudem nicht zu Lasten des Bieters gehen. Eine Rüge sei hier auch nicht erforderlich.

**19.**

Mit Schriftsatz vom 17.03.2016 teilte die ASt mit, dass die VSt mit dem Schreiben vom 02.12.2015 nicht gegen Vergaberecht verstoßen habe, sondern erst mit dem Zuschlag, so dass eine Kenntnis erst am 18.12.2016 vorlag.

Ein Hinweis auf § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB in den Vergabeunterlagen reiche nicht aus.

**20.**

Soweit kein Geheimschutz gegeben war, wurden der ASt am 17.03.2016 Auszüge aus der Vergabeakte zugesandt.

**21.**

Die Vorsitzende hat die Fünf-Wochen-Frist des § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB, zuletzt bis einschließlich 08.04.2016, verlängert.

**22.**

Mit Schreiben vom 23.03.2016 teilte die VSt mit, dass es sich bei Lieferanten und Spediteuren nicht um Nachunternehmer nach § 7 EG Abs. 9 VOL/A handle. Auf den Schriftsatz wird verwiesen.

**23.**

Auf die Schreiben der BGI vom 23.03.2016 und der ASt vom 23.03.2016 und 30.03.2016 wird verwiesen.

**24.**

In der mündlichen Verhandlung am 31.03.2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt bekräftigt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 15.01.2016 mit folgender Ergänzung:

Es wird hilfsweise zu Ziffer II, III und IV beantragt festzustellen, dass der Antragsgegner gegen die Rechte der ASt verstoßen hat, weil er das Angebot der BGI nicht ausgeschlossen hat, obwohl diese nicht im Formblatt 116 erklärt hat, dass Teile der Leistung an Unterauftragnehmer vergeben werden sollen, und im Formblatt 116 auch nicht die Unterauftragneh-

mer benannt hat und auch nicht von den Unterauftragnehmern die Verpflichtungserklärungen nach Formblatt 117 übergeben hat.

Die VSt bekräftigt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 05.02.2016

Die BGI stellt keinen Antrag.

### **Begründung:**

#### **1.**

Der Nachprüfungsantrag 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 der ausgeschriebenen Versorgung ..... mit Verpflegung, Fachlos 1 – Getränke, handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 GWB.
- c)** Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB.
- d)** Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert ( § 100 Abs. 1 GWB ).
- e)** Die ASt hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behaupteten Rechtsverletzungen ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht ( § 107 Abs. 2 GWB ).
- f)** Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen ( §107 Abs. 3 Nr. 1 GWB ). Die ASt hat mit Schreiben vom 17.12.2015 gerügt, dass die BGI den Zuschlag zu Unrecht erhalten solle. Diese habe falsche Nachunternehmererklärungen abgegeben und sei auszuschließen.  
Nach eigenem Vortrag habe Sie am 15.12.2015 von den zugrundeliegenden Tatsachen erfahren. Die Rüge ist daher rechtzeitig erfolgt.  
Auch die Rüge des § 101a GWB-Verstoßes mit Schreiben vom 30.12.2015 ist rechtzeitig erfolgt.  
Die ASt hat mit dem Schreiben vom 18.12.2015 von der VSt erfahren, dass der Zuschlag am 16.12.2015 an die BGI erteilt wurde.  
Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH, ist das Merkmal der Unverzögerlichkeit nicht mehr eng auszulegen. In Anbetracht der Tatsache, dass es sich um die

Weihnachtsfeiertage handelte und anwaltlicher Rat einzuholen war, ist die Rüge nicht präkludiert.

Insbesondere kommt es vorliegend nicht auf das Schreiben der VSt vom 02.12.2015 an, da das Schreiben selbst noch keinen Verstoß darstellt, solange der Zuschlag nicht erteilt ist.

**g)** Die Antragsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist nicht relevant, da die VSt auf die Frist in der Bekanntmachung nicht hingewiesen hat (Summa in Heiermann, Zeiss, Blaufuß, 3. Auflage, Vergaberecht, § 107, Rn 146).

Ein Hinweis in den Vergabeunterlagen ist jedenfalls nicht ausreichend, da dieser keinesfalls der förmlichen Vorgabe eines Hinweises in der Bekanntmachung gleichgesetzt werden kann (VK Bund, B. v. 16.10.2013).

**h)** Der Zuschlag wurde nicht wirksam erteilt (§ 101b GWB).

## **2.**

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die ASt ist durch die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

Der Vertrag vom 16.12.2015 ist unwirksam. Die VSt hat daher die Wertung der Angebote zu wiederholen. Das Angebot der BGI ist auszuschließen.

### **a)**

Der zwischen der VSt und der BGI geschlossene Vertrag vom 16.12.2015 ist gem. § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam.

**aa)** Die Vergabestelle hat durch den Zuschlag am 16.12.2015 an die BGI gegen § 101a GWB verstoßen.

Das Schreiben vom 02.12.2015 genügt den Anforderungen des § 101a Abs. 1 GWB nicht.

Zum einen war es als Entwurf überschrieben und daher nicht als verbindlich zu erkennen nach objektivem Empfängerhorizont. Zum anderen hat es nicht den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses benannt.

Die Auffassung der VSt und der BGI, dass das Schreiben als verbindliches Informationsschreiben anzusehen war, überzeugt nicht.

Der Wortlaut des Informationsschreibens wies das Schreiben als Entwurf aus. Auch eine Auslegung nach objektivem Empfängerhorizont führt zu keinem anderen Ergebnis.

Es ist nicht ersichtlich, weshalb die ASt die Kenntnis haben sollte, dass es sich nicht nur um einen Entwurf handeln sollte. Insbesondere hat das Schreiben keinen konkreten frühesten

Zeitpunkt des Zuschlags enthalten. Auch diesbezüglich war der ASt eine Kenntnis nicht zu unterstellen.

Der früheste Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist mit der Angabe „nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Frist (10 Kalendertage bei elektronischem Versand)“ nicht ausreichend benannt. Die Frist des § 101a GWB beginnt am Tag, nach dem dem letzten Bieter die Information nach § 101 GWB gesandt wurde. Die Länge der Frist ist abhängig von der Versandart. Beides kann die ASt nicht wissen (Weyand, *ibr-Online Kommentar zum Vergaberecht*, Stand 14.09.2015, § 101a GWB, Rn 99).

Das Schreiben vom 02.12.2015 hat somit im Ergebnis keine Frist zur Wartepflicht in Gang gesetzt, nach deren Ablauf sie den Zuschlag auf das Angebot des vorgesehenen Bieters hätte erteilen können.

**bb)** Die Frist nach §101b Abs. 2 GWB von 30 Tagen ab Kenntnis des Verstoßes gegen § 101a GWB ist gewahrt.

Der Verstoß der Vergabestelle liegt in dem Zuschlag vom 16.12.2015, obwohl vorher ein wirksames Informationsschreiben nicht versandt worden ist.

Die ASt hat am 18.02.2015 aus dem Schreiben der VSt von dem Zuschlag an die BGI erfahren. Auf das Schreiben vom 02.12.2015 kommt es nicht an. Dieses selbst stellt nicht den Verstoß gegen Vergaberecht dar und war auch nicht als verbindliche Information erkenntlich.

**b)**

Das Angebot der BGI ist auszuschließen. Die Wertung durch die VSt erfolgte rechtswidrig. Die BGI besitzt nicht die für die Erfüllung der Verpflichtung erforderliche Eignung i.S.d. § 19 EG Abs. 5 VOL/A.

**aa)** Die Abgabe inhaltlich unrichtiger Erklärungen lässt die Eignung der BGI entfallen.

Die VSt hat in den Vergabeunterlagen gefordert anzugeben, ob Leistungen an Nachunternehmer vergeben werden. Weiterhin hat sie Angaben zu den Nachunternehmern und deren Verpflichtungserklärungen mit dem Angebot gefordert.

Die BGI hat in dem Formblatt 116 bei der Frage „Sollen Leistungen an Unterauftragnehmer vergeben werden“ „Nein“ angekreuzt.

Sie hat infolgedessen auch keine Nachunternehmer benannt. Zudem hat sie auch keine Verpflichtungserklärungen abgegeben.

In der mündlichen Verhandlung hat die BGI erklärt, dass Sie alle Getränkelieferungen an alle Dienststellen durch dritte Unternehmen durchführen lassen werde. Sie selber habe keinen Fuhrpark. Es handle sich aber um Getränke aus eigener Herstellung der BGI.

Da die BGI die Lieferleistung durch dritte Unternehmen durchführen lässt, dies aber nicht im Angebot auf die Abfrage im Formblatt 116 erklärt hat, hat sie inhaltlich falsche Erklärungen abgegeben.

Zwar hat die BGI alle Erklärungen abgegeben und das Leistungsverzeichnis vollständig ausgefüllt. Hat ein Bieter jedoch subjektiv die Absicht, die Ausführung der Leistung abweichend vom Angebot durchzuführen, fehlt diesem die notwendige Zuverlässigkeit (OLG München, B.v. 15.11.2007 – Verg 10/07).

**bb)** Die Forderung der VSt zur Benennung der Nachunternehmerleistungen mit Angebotsabgabe ist zulässig. Ein Unternehmer kann sich zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen (§ 7 EG Abs. 9 VOL/A).

Bedient sich ein Bieter der Fähigkeiten Dritter zur Leistungserbringung, so muss die VSt auch die Eignung der Dritten vor Zuschlagserteilung prüfen können. Hierzu kann sie mit dem Angebot zunächst die Angabe von Nachunternehmerleistungen fordern. Dies hat die VSt vorliegend in FB 116 getan.

Die VSt kann auch nicht mehr im Nachhinein von dieser Forderung zur Benennung der Nachunternehmerleistungen mit Angebotsabgabe abweichen. Ein Abrücken von den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nur gegenüber einem Bieter würde einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber den anderen Bietern darstellen (OLG München, B.v. 15.11.2007 – Verg 10/07).

**cc)** Es handelt sich bei der Lieferleistung, welche die BGI von anderen Unternehmen erbringen lassen will, nicht nur um eine unbedeutende Hilfsleistung, sondern um eine Nachunternehmerleistung i.S.d. § 7 EG Abs. 9 VOL/A.

Bei der Abgrenzung von Nachunternehmerleistungen und reinen Hilfsleistungen kommt es entscheidend darauf an, welche konkreten Leistungen nach dem ausgeschriebenen Vertrag im Einzelnen zu erbringen sind (Hausmann/ von Hoff im Ku- lartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, § 7 EG, Rn 91).

Vorliegend handelt es sich um eine Hauptleistungspflicht aus dem Vertrag. Dieser regelt in § 1 Vertragsgegenstand, dass der Auftragnehmer verpflichtet sei, die Lebensmittel zu den in der Anlage aufgeführten Qualitäten auf Bestellung der Dienststellen zu liefern.

Erfüllungsort ist nach § 4 der Bestimmungsort des Bestellers. Die genauen Lieferbedingungen ergeben sich aus § 6. Hierin ist u.a. geregelt, dass bei einer nicht fristgerechten Lieferung eine Ablehnung der Ware und ein Deckungskauf auf Kosten des Bieters erfolgen könne. Hieraus ergibt sich, dass es bei dem Kauf der Getränke nicht allein um deren Qualität geht, sondern auch um die rechtzeitige und bestimmungsgemäße Lieferung der Produkte.

**dd)** Der Passus im Formblatt 116 „Leistungen, die erst nach Zuschlagserteilung von Unterauftragnehmern ausgeführt werden sollen, dürfen nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung durch den Auftraggeber an diesen vergeben werden“ stellt den Bietern gerade nicht frei, Nachunternehmerleistungen vollumfänglich erst im Nachhinein zu be-

nennen. Die Gesamtschau der Ausschreibungsunterlagen lässt eine solche Auslegung nach objektivem Empfängerhorizont nicht zu. Die Aufforderung zur Benennung der Nachunternehmerleistungen erfolgt ausdrücklich. Die VSt ist verpflichtet, vor Zuschlagserteilung die Eignung der Bieter und deren Nachunternehmer zu prüfen.

Der Passus macht lediglich kenntlich, dass der Austausch eines Nachunternehmers nach Zuschlagserteilung nur unter best. Bedingungen erfolgen kann. Es stellt gerade keine Generalermächtigung an die Bieter dar. Die gegenteilige Auffassung der BGI überzeugt nicht.

**ee)** Es kommt im Ergebnis nicht mehr darauf an, ob die VSt über die Benennung der Leistungen an andere Unternehmen, auch die Namen der Unternehmen und Verpflichtungserklärungen mit dem Angebot fordern durfte. Mangels Benennung der Nachunternehmerleistungen durch die ASt, obwohl sie die Lieferleistung gar nicht selbst erbringen kann, enthält das Angebot der ASt unrichtige Angaben und ist daher zwingend nach § 19 EG Abs. 5 VOL/A auszuschließen.

### **3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

**a)** Die VSt hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen, weil sie unterlegen ist (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB).

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

**c)** Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

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

**d)** Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keinen Antrag gestellt und damit auch kein Kostenrisiko übernommen. Sie bekommt jedoch gleichermaßen auch keine Aufwendungen erstattet.

**e)** Die Gebühr war nach § 128 Abs. 2 GWB festzusetzen.



Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer und bei 48 Monaten Vertragslaufzeit (§ 3 Abs.4 Nr. 1 VgV) errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

- f) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,-- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

Die VSt ist gem. § 128 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....