

Leitsätze:

1. Ein Angebot stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die nach den §§ 133, 157 BGB so auszulegen ist, wie sie ein verständiger Auftraggeber in der konkreten Situation nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Davon ausgehend sind Aufklärungsmaßnahmen über das Angebot selbst unzulässig, wenn der objektive Erklärungsgehalt des Angebots im Wege der Auslegung eindeutig ermittelt werden kann.
2. Die Abänderung eines Angebotes im Rahmen der Aufklärung ist im konkreten Fall unzulässig, wenn das Angebot eindeutig war und zudem die Umplanung dem Grunde nach kostenrelevant ist, weil eine Sonderanfertigung notwendig ist.
3. Bei der Auslegung der Vergabeunterlagen ist der objektive Empfängerhorizont des entsprechenden Bieterkreises maßgeblich.

Nachprüfungsantrag:
vertreten durch
.....
(Antragstellerin – ASt)

Vergabestelle:
vertreten durch:
.....
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene
(Beigeladene - BGI)

Baufauftrag: **Lieferung und Einbau von Reinigungs- und Desinfektionsmaschinen**

Vergabeverfahren: **Offenes Verfahren**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 26.09.2018 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.

3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle war notwendig.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union veröffentlichte am xx.xx.xxx unter dem Aktenzeichen xxxx/S xxx-xxxxxx die Vergabestelle für das hier verfahrensgegenständliche Los 2 einen Bauauftrag für die Lieferung und den Einbau von Reinigungs- und Desinfektionsmaschinen (RDG) für xxxx in xxxx. Das verfahrensgegenständliche Los 2 beinhaltete u.a. die Lieferung und den Einbau von 2 Großraum RDG und RDG für Endoskope.

Unter IV.2.1) Zuschlagskriterien gab die Vergabestelle bekannt, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die nachstehenden Kriterien vergeben wird:

- 1. Preis. Gewichtung 40*
- 2. Technischer Wert. Gewichtung 30*
- 3. Referenzen. Gewichtung 15*
- 4. Service/Wartung. Gewichtung 10*
- 5. Umweltaspekte. Gewichtung 5*

2.

Im Leistungsverzeichnis (auf Seite 141) unter der Ordnungszahl 2.1.2 machte die Vergabestelle folgende Vorgaben:

2.1.2 Großraum-RDG

2.1.2.1

Großraum-RDG

Großraum-Reinigungs- und Desinfektionsgerät, mit CE-Kennzeichnung und Typprüfung nach MPG, Ausführung nach DIN EN ISO 15883 und nachfolgender Leistungsbeschreibung.

Mit DVGW-Zulassung

Fassungsvermögen: **2 Transportwagen** (1.750 x 850 x 1.450 mm)
oder
2 Beschickungswagen hintereinander
(2 x 9 STE)

Nutzraumabmessung
(lichte Innenmaße): **mind. 2.000 mm Höhe** (geöffnete Kammertür)
mind. 900 mm Breite (geöffnete Kammertür)
ca. 3.000 mm Tiefe (Kammerlänge)

Geräteausführung: **2-türig** (Durchladeausführung)

Beheizung: **Dampf (Dampfdruck A Ü.....)**

Gerät mit allen erforderlichen Ausstattungen für einen vollautomatischen Betrieb, entsprechend den aktuellen und derzeit gültigen Gesetzen, Vorschriften, Normen und Richtlinien. Aufstellung in eine bauseits vorgerichtete Bodengrube, geeignet zur bodenebenen Beschickung.

Für sämtliche Bauteile sind entsprechend dem Verwendungszweck geeignete Materialien vorzusehen. Umwelttechnische Aspekte sind dabei mit zu berücksichtigen (z. B. Isolation).

Dem Leistungsverzeichnis war ein Grundriss beigefügt, in dem u.a. der für die Aufstellung der Großraum-RDG vorgesehene Raum zu entnehmen war. Unter 2.1.2.2 (Bodenwanne für beide Großraum RDG) des LV wurde auf die bauseits vorhandenen Stütze hingewiesen und auf den Grundrissplan verwiesen. Aus diesem Grundriss war ersichtlich, dass in dem für die Aufstellung der RDG vorgesehenen Bereich eine Stütze (ohne Maßangaben) vorhanden ist, die bei der Planung und Aufstellung der RDG zu berücksichtigen ist. In diesem Grundrissplan war bereits der Standort der Waschkammer und die Technik- und Wartungszone eingezeichnet.

3.

Eine Bieterfrage zur Aufstellungssituation der Großraum RDG`s wurde von der Vergabestelle wie folgt beantwortet:

Frage:	Antwort:
<p>1. Bieterfrage - zu LV-Pos. 2.1.2 Großraum-RDG Gemäß beigefügter Zeichnung (Grundriss Ebene 03 ZSVA) ist zwischen den beiden Großraum-RDGs eine Stütze zu erkennen, welche nicht vermaßt ist. Der Hinweis auf diese Stütze im Ausschreibungstext fehlt. (LV-Pos. 2.1.2). Wir bitten um Mitteilung der Abmessungen dieser Stütze sowie Angaben zu dem Bereich um die Stütze herum, der bei der Montage der Bodenwanne bzw. der Anlagen ausgespart werden muss.</p>	<p>1. Siehe beigefügten Plan, bitte ausmessen, sollte zur Kalkulation ausreichen. Das genaue Maß ergibt sich später mit dem Aufmaß.</p>

4.

Die Antragstellerin, die Beigeladene und ein weiterer Bieter gaben für Los 2 ein Angebot ab. Das preislich günstigste Angebot des weiteren Bieters wurde zwischenzeitlich von der Vergabestelle ausgeschlossen, so dass die Antragstellerin nunmehr das preislich günstigste Angebot abgegeben hat.

Die Antragstellerin machte unter Ziffer 2.1.2.1 (Seite 151) des Leistungsverzeichnisses folgende Angaben zur Konstruktion der Großraum RDG :

Konstruktion :

Geräteabmessungen in mm	Höhe: '2.450...'
	Breite: '2.300...'
	Tiefe: '3.600...'
Notwendiges Bodengrubenmaß in mm	Höhe: '150...'
	Breite: '2.300...'
	Tiefe: '3.600...'
Einbringmaße in mm	Höhe: '450...'
	Breite: '1.410...'
	Tiefe: '3.450...'
Kammerinnenabmessungen in mm	Höhe: '2.000...'
	Breite: '950...'
	Tiefe: '3.200...'
Kammernutzraumabmessungen in mm	Höhe: '2.000...'
	Breite: '920...'
	Tiefe: '2.950...'

Die Antragstellerin legte ihrem Angebot eine Aufstellungszeichnung bei (siehe Register 8 der Angebotsunterlagen). In dieser Aufstellungszeichnung plante die Antragstellerin die beiden Waschkammern der Großraum RDG an der Stelle, die im Grundrissplan für die Technik- und Wartungszone vorbehalten war. Die Stütze mit Installationsschacht wurde demzufolge in dieser Aufstellungszeichnung nicht berücksichtigt.

5.

Mit E-Mail vom 19.06.2018 bat die Vergabestelle die Antragstellerin u.a. um Auskunft, ob die in der Grundrisszeichnung zum Großraum-RDG dargestellten Maße für die geforderten Kapazitäten zwingend benötigt würden.

Mit Schreiben vom 20.06.2018 antwortete die Antragstellerin hierzu wie folgt:

„Das Fassungsvermögen wurde im LV's Seite 141 von 180 mit 2 Stück Transportwagen gefordert. Die angebotenen Anlagen erfüllen diese Anforderungen vollumfänglich. Die in der Zeichnung dargestellten Flächen werden für die angebotenen Anlagen benötigt. Eine Optimierung der Aufstellung bringt lediglich einen Raumgewinn von 0,54 m². Haben die Ursprungsmaße der Zeichnung eventuell irritiert? Siehe Anhang 6 Zeichnungen mit Maßangaben (ASt).“

6.

Mit Informationsschreiben gemäß § 134 GWB vom 11.07.2018 hat die Vergabestelle das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen, weil es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen erfüllen würde. Zur Erläuterung für den Ausschluss hat die Vergabestelle folgende Begründung gegeben:

1. nachgeforderte Nachweise für das VE-Wasserwiederverwendungssystem durch Bedienungsanleitung und Rohrplan seien nicht nachgereicht worden.
2. die angebotenen Großraum RDG könnten nicht auf der zur Verfügung gestellten Fläche aufgestellt werden (Register 8 Angebot der ASt). Es könnten bauseitig keine Türen versetzt werden.
3. bei den genannten Referenzen an den Standorten und seien keine Endoskopreinigungsmaschinen installiert.

7.

Mit Schreiben vom 16.07.2018 rügte die Antragstellerin ihren Ausschluss.

Die angebotenen Großraum RDG könnten problemlos auf der zur Verfügung stehenden Fläche aufgestellt werden, bauseitige Türen müssten nicht versetzt werden. Folglich könnte das Angebot nicht aus der Wertung genommen werden.

8.

Mit Schreiben vom 18.07.2018 wies der Verfahrensbevollmächtigte der Vergabestelle die Rüge zurück.

Der von der Antragstellerin erstellten Aufstellungszeichnung (=Angebot ASt Register 8) könne entnommen werden, dass die angebotenen Großraum RDG`s nicht auf dem zur Verfügung stehenden Platz aufgestellt werden könnten. Hierfür müssten bauseitig Türen versetzt werden. Zudem habe die Antragstellerin die vorhandene Stütze in diesem Bereich nicht berücksichtigt. Die Antragstellerin habe auf entsprechende Nachfrage ihr Aufstellungskonzept ausdrücklich bestätigt.

9.

Mit Nachprüfungsantrag vom 19.07.2018 beantragte die Antragstellerin:

I. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag bzgl. der Baumaßnahme:-Los 2 RDG`s an die Bieterin xxxxx zu erteilen.

II. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Prüfung und Wertung der Angebote der Antragstellerin entsprechend der Auffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen.

III. Hilfsweise für die Fälle des § 168 Abs. 2 GWB: Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Bieterrecht nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt wurde.

IV. Die anwaltliche Vertretung der Antragstellerin wird gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.

V. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Bezüglich des Wasserwiederverwendungssystems und der benötigten Aufstellfläche für das Großraum-RDG vertieft der Verfahrensbevollmächtigte den bisherigen Sachvortrag, der bereits im Rügeschreiben vorgetragen wurde.

Mit Schriftsatz vom 24.07.2018 vertieft der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin den bisherigen Sachvortrag. Bezüglich der Aufstellfläche für das Großraum-RDG habe die Vergabestelle in ihrer Grundrisszeichnung eingezeichnet „Tür verschieben“. Dieser Hinweis konnte von der Antragstellerin nur so verstanden werden, dass gegebenenfalls Türen verschoben werden müssten. Zudem könne das von der Antragstellerin angebotene RDG ohne Verschieben der Türen problemlos auf der zur Verfügung stehenden Fläche aufgestellt werden.

10.

Mit Schriftsatz vom 30.07.2018 stellte der Verfahrensbevollmächtigte der Vergabestelle folgende Anträge:

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

2. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

3. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.

4. Die xxxxx, vertreten durch xxxxx, wird zum Nachprüfungsverfahren beigelegt.

Die Vergabestelle habe das Angebot der Antragstellerin zu Recht von der Wertung ausgeschlossen. Auch bei einer Wertung des Angebots der Antragstellerin anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien wäre es nicht das wirtschaftlichste Angebot.

Die Antragstellerin habe eine Aufstellungszeichnung eingereicht, aus der erkennbar sei, dass die angebotenen Großraum RDG nicht auf dem zur Verfügung stehenden Platz aufgestellt werden könnten. Die vorhandene Stütze sei nicht berücksichtigt worden. Die Waschkammer des einen Großraum RDG würde mit der Stütze kollidieren. Im Rahmen der Aufklärung habe die Antragstellerin bestätigt, dass sie die dargestellten Flächen für die beiden Großraum RDG benötigen würde.

Gemäß Ziffer 2.1.2.1 des LV habe die Vergabestelle für die beiden Großraum RDG eine Breite von mindestens 900 mm gefordert. Die Vergabestelle habe für die Großraum RDG bezüglich der Kammernutzraumabmessung eine Breite von 820 mm angeboten.

Aus diesen Gründen würde das Angebot der Antragstellerin nicht den Anforderungen an die ausgeschriebenen Leistungen gemäß den Vergabeunterlagen entsprechen und sei daher auszuschließen.

11.

Mit Schriftsatz vom 08.08.2018 trägt der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin vor, dass das Angebot der Antragstellerin nicht dem Leistungsverzeichnis widersprechen würde und die Großraum RDG auf der vorhandenen Fläche aufgestellt werden könnten. Die Vergabestelle habe die Stütze nicht in dem Leistungsverzeichnis bemaßt. In ihrer Antwort zu einer entsprechenden Bieterfrage würde die Vergabestelle darauf verweisen, dass sich das genaue Maß der Stütze später mit dem Aufmaß ergeben würde. Die Antragstellerin habe diese Stütze bei ihrer Aufstellungszeichnung entsprechend berücksichtigt. Die Vergabestelle habe auch zu keinem Zeitpunkt thematisiert oder nachgefragt, ob die Stütze beim Aufstellen der beiden Großraum RDG entgegenstehen würde. Dies gelte auch für die vorgesehene Bodengrube. Aus der Antwort zu der Bieteranfrage könne entnommen werden, dass sich auch die genauen Maße der Bodengrube erst mit dem Aufmaß, also nach Vertragsschluss ergeben würden. Dies sei auch nachvollziehbar, wenn man sich die Verhältnisse der Baustelle vor Ort ansehen würde. Die ASt verweist auf ein ihrem Schriftsatz beiliegendes Lichtbild. Die Bodengrube werde bauseits abgestimmt auf das einzubauende Großraum RDG hergestellt. Soweit die VSt den Ausschluss auf die Aufstellungszeichnung stützen möchte, müsse betont werden, dass nach dem LV (Seite 14) Maschinenaufstellungspläne nach dem Zuschlag vorgelegt werden müssen. Ein Ausschluss könne deshalb hierauf nicht gestützt werden.

Die beiden Großraum RDG der Antragstellerin würden über eine Breite (geöffnete Kammertür) von mindestens 950 mm verfügen. Dem Leistungsverzeichnis könne nicht entnommen werden, dass die auf Seite 141 angegebene 900 mm Breite für die geöffnete Kammertür sich auf die „Kammernutzraumabmessung“ auf Seite 151 des LV beziehen würde. Auf Seite 151 des LV sei nur die Rede von der Kammernutzraumabmessung und nicht der Breite der geöffneten Kammertüre. Die Kammerinnenabmessung sei immer größer als die Kammernutzraumabmessung. Das liege daran, dass die Transportwagen während der Aufbereitung in der Kammer zum Abfließen des Wassers schräg gestellt werden müssten, sodass sich die Kammernutzraumabmessung entsprechend verringern würde. Das von der Antragstellerin angebotene Großraum RDG habe in der Breite bei geöffneter Kammertür ein Maß von 950 mm. Lediglich die Kammernutzraumabmessung im Innern des Großraum RDG betrage bei Schrägstellung der Transportwagen 820 mm. Bei nicht schräggestelltem Reinigungswagen betrage die Kammernutzraumabmessung deshalb 950 mm. Die Vergabestelle habe im Leistungsverzeichnis lediglich eine Breite von 900 mm (geöffnete Kammertür) vorgegeben, sodass die Antragstellerin aus diesem Grund nicht ausgeschlossen werden könne, weil das Angebot der ASt die Vorgaben des LV erfülle.

12.

Am 13.08.2018 wurde die Firma xxxxx durch den Vorsitzenden der Vergabekammer zu dem Verfahren beigelegt.

13.

Mit Schriftsatz vom 20.08.2018 führte der Verfahrensbevollmächtigte der Vergabestelle aus, dass die Antragstellerin zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Das von der Antragstellerin angebotene Großraum RDG könne wegen der Stütze nicht eingebaut werden und widerspreche daher dem Leistungsverzeichnis. Die Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 08.08.2018 seien irreführend. Auf die Bieterfrage vom 29.05.2018 bezüglich der Stütze habe die Vergabestelle in ihrer Antwort auf den Plan hingewiesen und gebeten, anhand des Plans die Stütze selbst auszumessen. Nachdem die Antragstellerin selbst einräumte (Seite 2 des Schriftsatzes vom 08.08.2018), dass die eingezeichnete Stützung aus dem mit Maßstab versehenen Plan eine Fläche von ca. 100 cm x 60 cm aufweisen würde, sei klar, dass das von der Antragstellerin angebotene Großraum RDG nicht an der vorgesehenen Stelle eingebaut werden könne. Die bestehende Gebäudestütze sei statisch zwingend erforderlich und könne nicht verändert werden. Das von der Antragstellerin selbst eingeräumte Maß der

Stütze von 100 x 60 cm sei korrekt, da ein bauseits noch zu errichtender Installationschacht in dem Plan berücksichtigt sei.

Bezüglich der Nutzraumabmessung Großraum RDG verkenne die Antragstellerin die Vorgaben, die die Vergabestelle im Leistungsverzeichnis zur Nutzraumabmessung gemacht habe. Auf Seite 141 des LV in Position 2.1.2.1 sei die Vorgabe gemacht worden, dass mit dem Großraum RDG gleichzeitig 2 Wagen zu je 1750 mm x 850 mm x 1450 mm Länge/Breite/Höhe“ desinfiziert werden können. Somit sei ersichtlich, dass ein 850 mm breiter Wagen nur in einem Großraum RDG aufbereitet werden könne, welches über eine effektiv nutzbare Kammernutzraumabmessung von 850 mm oder mehr verfüge. Die Antragstellerin habe gemäß dem Produktdatenblatt, das dem Angebot beilag, ein Gerät angeboten, das lediglich über ein nutzbares Kammermaß von 820 mm verfügen würde. Vor diesem Hintergrund seien sämtliche weitere Ausführungen der Antragstellerin zur Nutzraumabmessung ohne Belang. Die Antragstellerin räume ein, dass im Inneren des angebotenen Großraum RDG aufgrund der zum Wasserablauf benötigten Schrägstellung lediglich Wagen mit einer maximalen Breite von 820 mm zum Einsatz kommen könnten.

14.

Mit Schriftsatz vom 11.09.2018 bekräftigt der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin, dass die von seiner Mandantin angebotenen Großraum RDG für die bauseits zur Verfügung gestellte Fläche geeignet seien. Die Vergabeunterlagen würden nicht erkennen lassen, dass die angebotenen Großraum RDG einen bestimmten Abstand um die Säule herum einhalten müssen. Falsch sei die Behauptung der Antragstellerin, dass die Waschkammern im Bereich der Stütze liegen würden. Dies könne auch dem Grundriss entnommen werden, den die Antragstellerin mit Anlage ASt 15 vorgelegt habe. Sämtliche Aggregate seien in diesem Plan unter Berücksichtigung der Stütze eingezeichnet. Richtig sei lediglich, dass sich eine der 4 Wartungstüren direkt vor der Stütze befinden würde. Diese Wartungstüre könne jedoch nach außen geöffnet werden. Diese Wartungstüre direkt vor der Stütze sei notwendig, um den Türantrieb zu warten. Über die weitere Wartungstüre auf der Beladeseite könnten alle übrigen Aggregate dieses RDG unproblematisch erreicht und gewartet werden. Dies sei auch üblich, da in der Regel die Wartungsarbeiten von der Beladeseite, also von der unreinen Seite, durchgeführt würden. Großraum RDG in Krankenhäusern müssten in der Regel immer an die baulichen Gegebenheiten angepasst werden. Dies betreffe insbesondere die Maschinenverkleidung, Medienanschlüsse (Abwasser, Dampf, Strom und Abluft) an vorhandene Wände oder Säulen.

Selbst wenn das Großraum RDG der Antragstellerin nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprechen würde, dann würde auch das Großraum RDG der Beigeladenen nicht dem Leistungsverzeichnis entsprechen.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin betont nochmals, dass die von der Antragstellerin angebotenen Großraum RDG in der Lage seien, Wagen bis zu 900 mm Breite aufzubereiten. Die angebotenen Großraum RDG der Antragstellerin würden über eine Breite (geöffnete Kammertür) von mindestens 950 mm verfügen. Daher sei es kein Problem, 850 mm breite Wagen aufzubereiten. Die Vergabestelle interpretiere deshalb den Prospekt der Antragstellerin zum Großraum RDG WD 750, welcher dem Angebot beilag, falsch. Diesem Prospekt könne nicht entnommen werden, dass nur Wagen mit einer Breite von 820 mm aufbereitet werden könnten.

Zudem weist der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin darauf hin, dass die Großraum RDG der Beigeladenen nur über eine Breite (geöffnete Kammertür) von 900 mm verfügen würden. Das von der Antragstellerin angebotene Großraum RDG sei daher im Vergleich zu dem Großraum RDG der Beigeladenen größer. Auch hinsichtlich der Nutzraumabmessung seien die Großraum RDG der Beigeladenen kleiner.

15.

Mit Schriftsatz vom 19.09.2018 weist die Beigeladene darauf hin, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht aus der Wertung genommen worden sei, weil es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Anforderungen erfüllt habe.

Bezüglich der Aufstellsituation der Großraum RDG weist die Beigeladene darauf hin, dass den Ausschreibungsunterlagen ein Plan „Grundrissebene“ im Maßstab 1:50 beigefügt war. Die Bieterfrage bzgl. der Stütze, die in diesem Grundrissplan eingezeichnet gewesen sei, habe die Beigeladene gestellt. Aufgrund der Antwort der Vergabestelle zu dieser Bieterfrage habe sich die Beigeladene veranlasst gesehen, eine konstruktive Sonderlösung zu planen, zu kalkulieren und anzubieten. Insbesondere mussten die beiden Tanks sowie ein Schaltschrank an anderer Stelle als üblich untergebracht werden. Dagegen habe die Antragstellerin mit ihrem Angebot eine Aufstellungszeichnung eingereicht, aus der entnommen werden könne, dass sich die jeweiligen Waschkammern der beiden Großraum RDG in der Mitte und die Technikräume für die Unterbringung der Aggregate jeweils außen befinden würden. Dies ergebe sich eindeutig daraus, dass das übliche Symbol für die Darstellung der Umwälzpumpe jeweils im äußeren Bereich der Aufstellzeichnung eingetragen worden sei. Daraus folge gleichzeitig, dass die Antragstellerin bei der Abgabe ihres Angebots die Aufstellung der Waschkammern in einem Bereich eingezeichnet habe, wo sich die Stütze befinde. Somit habe die Antragstellerin

die Stütze in ihrem Angebot schlicht nicht berücksichtigt. Soweit die Antragstellerin im laufenden Nachprüfungsverfahren mit der Anlage „Ast 15“ beweisen möchte, dass die Stütze nicht hinderlich sei, müsse angemerkt werden, dass diese Vorgehensweise nicht zulässig sei, weil die Antragstellerin eine Umplanung nach Angebotsabgabe vorgenommen habe. Ähnlich wie die Beigeladene habe die Antragstellerin nun eine konstruktive Sonderlösung erstellt, allerdings habe die Beigeladene die Stütze bereits bei der Angebotsabgabe entsprechend berücksichtigt, die Antragstellerin dagegen erst im Nachprüfungsverfahren. Somit erfülle das Angebot der Antragstellerin nicht alle in den Vergabeunterlagen geforderten Bedingungen (§ 16 EU Nr. 2 und § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A).

Die Antragstellerin habe bei der Abgabe ihres Angebots auf Seite 151 der Leistungsbeschreibung zu den „Kammernutzraumabmessungen“ eine Breite von 820 mm angegeben. Auch gebe die Antragstellerin in ihrer Broschüre zum angebotenen Großraum RDG des Typs „xxxxx“ zu den nutzbaren Kammermaßen eine Breite von 820 mm an. Die Kammernutzraumabmessung sei immer kleiner als die Kammerinnenabmessung, weil im Inneren der Kammer Sprühdüsen und andere Vorrichtungen angebracht seien, welche in den Kammerinnenraum hineinragen würden. Der effektiv nutzbare Raum für die Reinigung und Desinfektion der Güter im Innern der Kammer sei deshalb immer kleiner als der Raum, welcher sich aus der Kammerinnenabmessung ergebe. Nachdem die Antragstellerin bei der Abgabe ihres Angebots nur eine Breite von 820 mm für die Kammernutzraumabmessung angegeben habe, musste das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen werden. Falsch sei die Behauptung der Antragstellerin, dass die benötigten „Kammernutzraumabmessungen“ bei Schrägstellung der Transportwagen geringer sei als bei nicht schräggestellten Transportwagen. Tatsächlich sei sie größer. Die Vergabestelle habe vorgegeben, die maximal zur Verfügung stehenden Maße der Kammernutzraumabmessung anzugeben und zwar unabhängig von der jeweiligen Beladung. Es handle sich hier um eine feste Größe. Es komme nicht darauf an, ob die Breite der geöffneten Kammertür des von der Antragstellerin angebotenen Großraum RDG größer sei als bei dem angebotenen Gerät der Beigeladenen. Im Übrigen bestreite die Antragstellerin auch nicht, dass die Abmessungen der von der Beigeladenen angebotenen Großraum RDG der auf Seite 141 der Leistungsbeschreibung geforderten Mindestbreite entsprechen. Das Angebot der Antragstellerin sei aus diesem Grund gemäß §§ 16 EU Nr. 2, 13 EU Abs. 1 Nummer 5 Satz 1 VOB/A auszuschließen.

16.

Mit Schriftsatz vom 19.09.2018 erklärt die Vergabestelle, dass die Anlage „Ast 15“, welche dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 08.08.2018 beigelegt worden sei, nicht Teil der Angebotsunterlagen gewesen sei. Auch im Zuge der Aufklärung des Angebotes habe die Antragstellerin diesen Aufstellungsplan nicht vorgelegt, sondern erst im Nachprüfungsverfahren. Zudem entspreche diese Planung gemäß der Anlage Ast 15 nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik.

Die Ausführungen der Antragstellerin zum angebotenen RDG der Beigeladenen seien schlicht falsch. Die Beigeladene habe ein den vorgegebenen Platzverhältnissen angepasstes RDG angeboten.

Bezüglich der Nutzraumabmessung des Großraum RDG betont die Vergabestelle, dass die von der Antragstellerin angegebene Nutzraumabmessung von 820 mm im ausgefüllten Leistungsverzeichnis (Seite 151) eindeutig sei. Selbst für den Fall, dass ein 850 mm breiter Wagen in das angebotene Großraum RDG hinein gefahren werden könnte, wäre der ordnungsgemäße Düsenabstand für eine ordnungsgemäße Reinigung zu gering.

17.

Mit Schriftsatz vom 25.09.2018 bekräftigt der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin, dass der mit Anlage Ast 15 vorgelegte Standard-Grundrisses den Einbau der von der Antragstellerin angebotenen RDGs ermöglichen würde. Die Stütze sei in diesem Fall nicht hinderlich. Falsch sei auch die Behauptung, dass die in der Anlage Ast 15 nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik widersprechen würde.

Die Antragstellerin weist zudem darauf hin, dass auf Seite 141 des LV keine bestimmte „Kammernutzraumabmessung“ gefordert worden sei. Die Antragstellerin könne daher nicht ausgeschlossen werden, wenn sie auf Seite 151 des LV die Kammernutzraumabmessungen mit einer Breite von 820 mm angegeben habe. Die Tür des von der Antragstellerin angebotenen Großraum RDG sei sogar 950 mm breit. Damit könne es das geforderte Waschgut aufnehmen. Bei einer Kammer Innenabmessung von 950 mm und bei der Schrägstellung eines 850 mm breiten Wagens sei der Düsenabstand für eine ordnungsgemäße Reinigung nicht zu gering.

18.

Die Vergabekammer hat am 17.08.2017 die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Absatz 1 Satz 1 GWB bis einschließlich 10.10.2017 verlängert.

19.

In der mündlichen Verhandlung am 26.09.2018 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt bekräftigt ihre Anträge aus dem Schreiben vom 19.07.2018.

Die VSt stellt ihre Anträge aus dem Schreiben vom 30.07.2018.

Die BGI stellt keine Anträge.

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)** Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB.
- c)** Bei der ausgeschriebenen Durchführung Lieferung und Einbau von Reinigungs- und Desinfektionsmaschinen handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 GWB.
- d)** Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB.
- e)** Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat geltend gemacht, dass ihr durch den Ausschluss ihres Angebots ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft. Die Frage der Rechtmäßigkeit des Ausschlusses der ASt ist eine Frage der Begründetheit.
- f)** Die ASt hat mit Schreiben vom 16.07.2017 rechtzeitig nach Erhalt des Vorabinformationsschreibens vom 11.07.2017 den Ausschluss ihres Angebots gerügt.

g) Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 19.07.2017 war auch die 15-Tages-Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom 18.07.2017 zur Verfügung steht.

h) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Der Ausschluss des Angebots der ASt verletzt die ASt nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB.

Der Ausschluss der ASt ist zum einen gem. § 16 EU Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A gerechtfertigt, weil die Aufstellungszeichnung der ASt bezüglich der Großraum RDG (siehe Register 8 ihres Angebotes) nicht auf Grundlage der Vergabeunterlagen erstellt wurde (siehe dazu unter a).

Zudem erfolgte der Ausschluss der ASt auch gem. § 16 EU Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zu Recht, weil die ASt entgegen dem LV keine Großraum RDG angeboten hat, die zur Reinigung und Desinfektion von 850 mm breiten Wagen geeignet waren (siehe dazu unter b).

a)

Der Grundrissplan war Teil der Vergabeunterlagen. Unter 2.1.2.2 des LV wurde auf die Stütze und auf den Grundrissplan hingewiesen. In diesem Grundrissplan war konkret vorgegeben, an welcher Stelle sich die Stütze befindet. Unerheblich ist, dass die Stütze nicht bemaßt war, denn die Waschkammer des Großraum RDG kann in keinem Fall im Bereich der Stütze platziert werden. Die Antragstellerin hat in ihrer Aufstellungszeichnung, die Teil des Angebots ist, trotz der insoweit eindeutigen Vergabeunterlagen fehlerhaft die Waschkammer des einen Großraum RDG im Bereich der Stütze geplant, weil sie ihr Standardgerät dem Angebot zugrunde legte. Dies ergibt sich eindeutig aus der dem Angebot beigefügten Aufstellungszeichnung. Gemäß dem Grundrissplan hätte aber der Technik- und Wartungsbereich in der Mitte geplant werden müssen und die beiden Waschkammern jeweils außen. Somit hat die Antragstellerin die Vergabeunterlagen nicht beachtet und ein Angebot abgegeben, das in dieser Form nicht realisierbar war.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin handelt es sich bei dieser Aufstellungszeichnung auch nicht lediglich um eine unverbindliche Skizze, vielmehr sind alle Anlagen, somit auch die Aufstellungszeichnung, verbindliche Bestandteile des Angebotes. Ein Angebot stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die nach den §§ 133,

157 BGB so auszulegen ist, wie sie ein verständiger Auftraggeber in der konkreten Situation nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Davon ausgehend sind Aufklärungsmaßnahmen über das Angebot selbst unzulässig, wenn der objektive Erklärungsgehalt des Angebots im Wege der Auslegung eindeutig ermittelt werden kann. (Horn in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 15 VOB/A 2016, Rn. 27)

Ein Zuschlag auf dieses Angebot konnte und durfte deshalb durch die Vergabestelle nicht erfolgen. Das Angebot der ASt war eindeutig und bedurfte nicht der Aufklärung. Hätte die Vergabestelle das Angebot der Antragstellerin in dieser Form angenommen, hätte sie einer Planung zugestimmt, die den Vergabeunterlagen widersprach und die nicht umsetzbar war.

Zudem muss berücksichtigt werden, dass die bauseits vorhandene Stütze sowohl bei der Antragstellerin als auch bei der Beigeladenen eine konstruktive Sonderlösung erforderten. Beide Bieter konnten offensichtlich insoweit ihre Standardgeräte nicht anbieten. Eine solche Sonderlösung müssen die Bieter in ihrer Kalkulation berücksichtigen. Unwidersprochen hat die Beigeladene vorgetragen, dass sie bzgl. des Mehraufwandes für die Verkabelung und die besondere Konstruktion 24 Stunden berücksichtigt habe.

Nachdem die Antragstellerin die bauseits vorhandene Stütze bei den Angebotsunterlagen unberücksichtigt gelassen hat, wäre sie verpflichtet gewesen, diesen Mehraufwand auch im Rahmen ihrer Kalkulation zu berücksichtigen. Verhandlungen im offenen Verfahren über Änderungen der Angebote oder Preise sind nach § 15 EU Abs. 3 VOB/A nicht statthaft. Die Abänderung des Angebotes der Antragstellerin im Rahmen der Aufklärung ist nach Auffassung der erkennenden Vergabekammer im konkreten Fall unzulässig, weil das Angebot der Antragstellerin eindeutig war und zudem die Umplanung dem Grunde nach kostenrelevant ist, weil eine Sonderanfertigung notwendig war.

Die Aufstellungszeichnung (Anlage Ast 15), welche die Antragstellerin erstmals mit Schriftsatz vom 08.08.2018 im laufenden Nachprüfungsverfahren vorlegte, entfaltet keine Rechtswirkung in der Form, dass der Ausschluss der Antragstellerin dadurch unrechtmäßig wird. Wie bereits ausgeführt, ist diese neue Aufstellungszeichnung (Anlage Ast 15) eine unzulässige Abänderung des ursprünglichen Angebotes der Antragstellerin und darf keine Berücksichtigung finden.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin handelt es sich bei der Aufstellungszeichnung auch nicht um eine unverbindliche Skizze. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die Antragstellerin eine solche Aufstellungszeichnung bereits mit dem Angebot vorlegen musste. Fakt ist, dass die Antragstellerin ihrem Angebot eine solche Planung beigelegt hat. Alle Unterlagen, die mit dem Angebot beigelegt werden, sind verbindlicher Vertragsbestandteil.

Im Ergebnis hat die Vergabestelle das Angebot der Antragstellerin daher zu Recht ausgeschlossen. Der Aufklärungsversuch der Vergabestelle (E-Mail vom 19.06.2017) hätte eine zwingende Abänderung des eindeutigen (aber fehlerhaften) Angebotes der Antragstellerin erfordert, welche - wie oben ausgeführt - gar nicht zulässig gewesen wäre. Aus diesem Grund ist es auch unerheblich, dass das Aufklärungsschreiben der Vergabestelle in diesem Zusammenhang unklar ist und die wirkliche Problematik zunächst nicht richtig dargestellt wurde.

b)

Gemäß Ziffer 2.1.2.1 des LV (Seite 141) hat die Vergabestelle vorgegeben, dass die beiden Großraum RDG mit Transportwagen von einer Breite von 850 mm beschickt werden können. Auf Seite 151 des LV hat die Antragstellerin im Leistungsverzeichnis bzgl. der Kammernutzraumabmessung angegeben, dass diese bei 820 mm liegt. Somit steht zur Überzeugung der erkennenden Vergabekammer fest, dass die Antragstellerin mit dem angebotenen Großraum RDG keine Transportwagen mit einer Breite von 850 mm fachgerecht dekontaminieren kann. Es kommt nicht darauf an, wie die Antragstellerin glaubhaft machen möchte, wie breit die Kammerinnenabmessung bzw. die Türöffnung ist. Es ist unerheblich, ob die Beschickungswagen aufgrund der lichten Innenmaße der Waschkammern faktisch eingeschoben werden können. An den Seitenwänden der Waschkammern befinden sich Düsen. Die ordnungsgemäße Dekontamination ist nicht gewährleistet, wenn die zu reinigenden Gegenstände zu nahe an der Düse platziert wären. Von daher kommt es nicht darauf an, ob die Beschickungswagen in die Waschkammer „hineinpasst“, sondern dass die Waschkammer eine Nutzraumabmessung von mindestens 850 mm besitzt.

Bei der Auslegung der Vergabeunterlagen ist der objektive Empfängerhorizont des entsprechenden Bieterkreises maßgeblich. Nachdem hier lediglich Medizintechnikfirmen dem Bieterkreis angehören, ist das Leistungsverzeichnis auf Seite 141 insoweit nicht unklar bzw. widersprüchlich.

Zudem ist auf Seite 141 des LV bezüglich der Nutzraumabmessung im Leistungsverzeichnis lediglich festgelegt worden, dass die Nutzraumabmessung (lichte Innenmaße) bzw. die geöffnete Kammertür **mindestens** 900 mm breit sein müssen. Ein fachlich nicht versierter Leser könnte möglicherweise insoweit das Leistungsverzeichnis falsch interpretieren. Fachfirmen, wie die ASt, können dem LV ganz eindeutig entnehmen, welche Anforderungen die VSt an das Großraum RDG stellte.

Aufgrund der mündlichen Verhandlung steht für die erkennende Vergabekammer aufgrund der nachvollziehbaren Ausführungen der Vergabestelle und der Beigeladenen fest, dass die Vertreter der Antragstellerin sich hier nicht auf ein missverständliches

Leistungsverzeichnis berufen können. Ein 850 mm breiter Beschickungswagen, wie im LV auf Seite 141 des LV vorgegeben, kann nicht ordnungsgemäß in einem Großraum RDG gereinigt werden, das lediglich eine Kammernutzraumabmessung von 820 mm in der Breite besitzt. Somit entspricht das Angebot der Antragstellerin auch in diesem Punkt nicht den Anforderungen des LV und wurde rechtmäßig von der Wertung ausgeschlossen. Soweit sich die ASt darauf beruft, dass die Beschickungswagen schräg gestellt werden müssen, vermindert sich dadurch nicht die notwendige Kammernutzraumabmessung. Das Gegenteil ist der Fall und die Nutzraumabmessung muss bei einem 850 mm breiten Wagen eine Breite von mehr als 850 mm betragen.

c)

Der Vergabekammer ist kein Umstand bekannt, dass das Angebot der BGI nicht den Anforderungen des LV genügt, so dass sich die Antragstellerin auch nicht auf eine „zweite Chance“ berufen kann.

Abschließend weist die Vergabekammer darauf hin, dass es in einem offenen Verfahren vergaberechtlich nicht zulässig ist, Referenzen bei der Zuschlagserteilung zu bewerten.

Bei der Vergabeentscheidung gemäß VOB/A a.F. § 25 Nr 3 Abs 3 S 2 (juris: VOB A) darf nach Bejahung der generellen Eignung der in die engere Wahl gekommenen Bieter ein "Mehr an Eignung" eines Bieters nicht als entscheidendes Kriterium für den Zuschlag zu seinen Gunsten berücksichtigt werden (BGH, Urteil vom 08. September 1998 – X ZR 109/96 –, BGHZ 139, 273-279).

Dieser Grundsatz ist auch nach der Vergaberechtsreform 2016 gültig. Ein „Mehr an Eignung“ ist lediglich bei der Bewerberauswahl beim Teilnahmewettbewerb zulässig oder gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV, wenn als Zuschlagskriterien die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung betrauten Personals bewertet wird.

Darauf kommt es aber im verfahrensgegenständlichen Fall nicht mehr an.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a) Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

- c)** Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt notwendig (§ 182 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 VSt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Darüber hinaus war die ASt anwaltlich vertreten, so dass auch die VSt anwaltliche Vertretung in Anspruch nehmen durfte, um angemessen auf den Antrag reagieren zu können.
- d)** Die Beigeladene 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.
- e)** Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.
Im Hinblick auf die Gesamtauftragssumme für Los 2 und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx.- €.
- f)** Die von der ASt zu tragende Gebühr in Höhe von xxxxx € wird mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von 2.500,- € verrechnet.
Für den übersteigende Betrag von xxxxx € erhält die ASt eine Kostenrechnung.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....