

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte:
.....
(Antragstellerin – ASt)

Vergabestelle:
(Vergabestelle – VSt)

Beigeladene:
Bevollmächtigte:
...
(Beigeladene zu 1 – BGl zu 1)

.....
Bevollmächtigte:
.....
(Beigeladene zu 2 – BGl zu 2)

Bauftrag:, Wärme- und kältetechnische Anlagen Los 1 Bauleistung
und Los 2 Interimsbetrieb

Vergabeverfahren: Offenes Verfahren

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt aufgrund mündlicher Verhandlung vom 08.08.2024 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer am 08.08.2024 folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle und der Beigeladenen zu 1 tragen die Antragstellerin zu je 3/4 und die Beigeladene zu 2 zu je 1/4.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene zu 1 war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €.
Auslagen sind nicht angefallen.

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

1.

Die VSt schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom xx.xx.xxx (TED:, Vergabenummer) europaweit die Leistung „Wärme und kältetechnische Anlagen“ Los 1 Bauleistung und Los 2 Interimsbetrieb im Rahmen einer Baumaßnahme für den Neubau eines Forschungsgebäudes in aus.

2.

Nach Punkt A) im Formblatt (FB) 211 EU war u.a. das FB 216 (Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen) zu beachten.

Nach Punkt C) sind u.a. das FB 213.H (Angebotsschreiben) und das Vertragsformular für Instandhaltung einzureichen.

In Ziffer 3.3 FB 211 EU wurde die Nachforderung von fehlenden Unterlagen, deren Vorlage mit dem Angebot gefordert war, ausgeschlossen.

Gemäß Ziffer 8 FB 211 EU war die Angebotsabgabe elektronisch in Textform zugelassen. „Bei elektronischer Angebotsübermittlung in Textform muss der Bieter zu erkennen sein“. „Das Angebot ist zusammen mit den Anlagen bis zum Ablauf der Angebotsfrist über die Vergabeplattform der Vergabestelle zu übermitteln“.

Im FB 213.H konnten die Bieter Anlagen, die Vertragsbestandteil werden, ankreuzen. Ankreuzbar war u.a. das „Vertragsformular für Instandhaltung mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen“. In Ziffer 2.1 konnte die Vergütung gem. Instandhaltungsvertrag eingetragen werden.

Der Wartungsvertrag enthält unter der Fußnote 1 den Hinweis: „Bei Beauftragung im Rahmen eines Bauausführungsvertrages nach VOB/B handelt es sich nicht um einen eigenständigen Vertrag, sondern um die für den Leistungsteil „Instandhaltung“ geltenden Konditionen, auch wenn der Begriff „Vertrag“ verwendet wird“.

In Ziffer 1 des FB 216, Unterlagen die mit dem Angebot abzugeben sind, war u.a. folgendes angekreuzt: das „Angebotsschreiben“ und „Vertragsformular für Instandhaltung“ sowie fettgedruckt: „Bitte Wartungsvertrag beachten und ausfüllen. (Kann bei Bedarf auch ausgedruckt, ausgefüllt und in ava-sign als PDF in den Ordner Anlagen zum Angebot hochgeladen werden.)“

3.

Die ASt, die BGI zu 1 und die BGI zu 2 reichten jeweils ihre Angebote über die Vergabeplattform ein.

Im Angebot der BGI zu 1 wurde im FB 213.H der Punkt „Vertragsformular für Instandhaltung mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen“ nicht angekreuzt. In Ziffer 2.1 wurde keine Vergütung gem. Instandhaltungsvertrag eingetragen.

Der Wartungsvertrag ist vollständig (insb. Vergütung) ausgefüllt worden und dem Angebot beigelegt gewesen.

In Ziffer 5.2 des Wartungsvertrags („Leistungen nach Nr. 2.4 werden wie folgt vergütet“) wurde bei den Stundenverrechnungssätzen neben der konkreten Vergütung noch folgendes angegeben: „Servicetechniker“, „Obermonteur“ und „0,x“.

Im Angebot der BGI zu 2 wurde das FB 213.H sowie der Wartungsvertrag doppelt hochgeladen.

Das FB 213.H wurde in einer Version digital ausgefüllt. Hierbei wurde der Punkt „Vertragsformular für Instandhaltung mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen“ nicht angekreuzt. In Ziffer 2.1 wurde keine Vergütung gem. Instandhaltungsvertrag eingetragen.

In der zweiten Version wurde das FB 213.H ausgedruckt, handschriftlich ausgefüllt, eingescannt und als PDF-Datei hochgeladen. Hierbei wurde der Punkt „Vertragsformular für Instandhaltung mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen“ nicht angekreuzt. In Ziffer 2.1 wurde die Vergütung gem. Instandhaltungsvertrag eingetragen.

Der Wartungsvertrag wurde in einer Version nicht ausgefüllt eingereicht.

Die zweite Version des Wartungsvertrags wurde ausgedruckt, handschriftlich vollständig ausgefüllt, eingescannt und als PDF-Datei hochgeladen.

Die Submission erfolgte am xx.xx.2024. Ausweislich des Submissionsprotokolls gab die BGI zu 1 das günstigste Angebot ab, die BGI zu 2 landete auf Rang 2 und die ASt auf Rang 3. Das Submissionsprotokoll enthielt weder bei der BGI zu 1 noch bei der BGI zu 2 Preisangaben im Punkt „Wartung/Instandhaltung“.

4.

Mit Schreiben vom 12.06.2024 rügte die ASt, dass die BGI zu 1 und BGI zu 2 ausweislich des Submissionsprotokolls kein Wartungsangebot rechtzeitig eingereicht hätten. Da die VSt festgelegt habe, keine Unterlagen nachzufordern, seien Angebote ohne Angabe der Wartungskosten bzw. ohne Vorlage des Vertragsformulars Instandhaltung zwingend auszuschließen.

5.

Mit Schreiben vom 17.06.2024 teilte die VSt mit, dass die Mitbewerber im vorgesehenen Feld für den Wartungspreis diesen nicht eingetragen hätten. Deshalb werde dieser im Submissionsprotokoll nicht angezeigt. In den jeweiligen Angebotspaketen, welche bereits zur Submission vorgelegen hätten, seien die Wartungsverträge enthalten gewesen. Ein Ausschluss sei nicht erforderlich gewesen.

6.

Mit Schreiben vom 18.06.2024 forderte die ASt die VSt auf, ihr einen Nachweis für die rechtzeitige Abgabe der Wartungsverträge durch einen Auszug aus der Vergabeakte zu übersenden. Es wurde darauf hingewiesen, dass die Angebote der Mitbewerber bei nicht vollständig ausgefüllten Formblatt 213 und damit fehlender Textform zwingend auszuschließen seien.

7.

Mit Schreiben vom 19.06.2024 versicherte die VSt, dass sie die Wartungsverträge der Mitbewerber ausschließlich mit dem Angebot erhalten habe und auch die Textform bei allen Angeboten erfüllt gewesen sei. Die Aussage im Schreiben der VSt vom 17.06.2024 müsse dahingehend präzisiert werden, dass die Mitbewerber die Wartungssummen nicht in den Abgabeassistenten übertragen hätten. Deshalb sei eine automatische Anzeige im Submissionsprotokoll systembedingt nicht möglich. Gleichwohl sei für die VSt der Wartungspreis erkennbar und Teil des Angebots gewesen. Alle Bieter hätten die Formblätter 213 rechtsverbindlich in Textform abgegeben. Die Erklärung umfasse ausweislich des Formblattes auch alle Anlagen wie z.B. Wartungsverträge. Die Bieteridentifikation sei zweifelsfrei möglich. In den Vergabeunterlagen sei auch textlich vorgegeben, dass Firmen, soweit erforderlich, den Wartungsvertrag ausdrucken, ausfüllen und als pdf-Dokument wieder als Anlage in ihre Angebotsdatei hochladen könnten.

8.

Mit zwei Bieterinformationsschreiben nach § 134 GWB jeweils vom 20.06.2024 teilte die VSt der ASt mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag für Los 1 und Los 2 auf das Angebot der BGI zu 1 zu erteilen. Der Zuschlag auf das Angebot der ASt könne nicht erteilt werden, weil ein niedrigeres Hauptangebot vorliege.

9.

Mit Schriftsatz vom 27.06.2024 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt einen Antrag auf Nachprüfung und beantragen:

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 160 ff. GWB, verbunden mit der unverzüglichen Information des Antragsgegners gemäß § 169 Abs. 1 GWB in Textform,
 2. den Antragsgegner zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Zustand vor Angebotswertung zurückzusetzen,
 3. das Angebot der ...(BGI zu 2)... und das Angebot der ...(BGI zu 1)... von der Angebotswertung auszuschließen und die verbleibenden Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu werten,
- hilfsweise, dass durch die Vergabekammer unabhängig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hingewirkt wird,
- hilfsweise für den Fall, dass der Vertrag bereits abgeschlossen ist, festzustellen, dass der Vertrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB von Anfang an unwirksam ist,

4. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
5. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
6. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der zulässige Nachprüfungsantrag sei begründet. Der fehlende Ausschluss der Angebote der Beigeladenen und die Nichtberücksichtigung des Angebotes der ASt sei vergaberechtswidrig.

Die Angebote der Beigeladenen seien zwingend von der Wertung auszuschließen. Der Ausschluss habe gem. § 16 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, § 13 EU Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 VOB/A, § 11 EU Abs. 4 VOB/A wegen Nichteinhaltung der geforderten Form für das Wartungsangebot zu erfolgen.

Ein Bieter habe die Vergabeunterlagen dahingehend verstehen müssen, dass das Formblatt 213.H zu verwenden und in Ziffer 2.1 der Wartungspreis einzutragen sei. Sofern der Preis für eine geforderte Teilleistung im Angebotsschreiben nicht eingetragen sei, fehle ein Kernbestandteil des Angebotes. Die von den Beigeladenen hochgeladenen einzelnen Angebotsbestandteile könnten die fehlende Textform des Formblattes 213.H nicht ersetzen, da sie nicht das gesamte Angebot inklusive aller Anlagen und Erklärungen umfassen und nicht den gesamten Angebotsinhalt für rechtsverbindlich erklären. Auch aus der Einreichung über die Vergabeplattform ergebe sich keine Rechtsverbindlichkeit. Soweit die VSt darauf abstelle, dass bei den Beigeladenen mit dem Hochladen des Wartungsvertrages der Wartungspreis erkennbar und dadurch Teil des Angebotes gewesen sei, genüge diese Sichtweise nicht den Teilnahmebedingungen.

10.

Mit Schriftsatz vom 10.07.2024 vertieften die Verfahrensbevollmächtigten der ASt ihre Rechtsauffassung.

Im FB 213.H sei die Anlage „Vertragsformular für Instandhaltung mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen“ nicht angekreuzt worden. Damit sei das zwingend einzureichende Vertragsformular Instandhaltung nicht Bestandteil der Angebote gewesen.

Die Bieter hätten die bearbeitbaren Vergabeunterlagen über die Vergabeplattform heruntergeladen, über das Programm ava-sign ausfüllen und in digitaler Form hochladen

müssen. Die BGI zu 2 habe ihr Angebot auf einem ausgedruckten, handschriftlich ausgefüllten, mit Unterschrift und Firmenstempel versehenen und dann eingescannten Angebotsschreiben eingereicht. Dies erfülle nicht die geforderte elektronische Angebotsabgabe in Textform.

11.

Mit Schriftsatz vom 11.07.2024 erwiderte die VSt und beantragt:

1. Die Entscheidung nach Lage der Akten ohne mündliche Verhandlung wegen offensichtlicher Unbegründetheit der Klage nach § 166 Abs. 1 S. 3, Alt. 3 GWB zu treffen.
2. Der Antrag der Antragstellerin wird abgewiesen.
3. Der Zuschlag auf das Angebot der ...(BGI zu 1)... wird gestattet.
4. Hilfsweise wird beantragt, zu gestatten, der ...(BGI zu 2)... den Zuschlag zu erteilen, falls die ...(BGI zu 1)... ausgeschlossen werden müsste.
5. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Vorliegend sei keiner der Ausschlussgründe nach § 16 EU VOB/A erfüllt.

Das von der BGI zu 1 hochgeladene FB 213.H und der Wartungsvertrag seien in einem engen zeitlichen Zusammenhang hochgeladen worden. Es bestünden keine Zweifel an der Ernsthaftigkeit des Angebotes. Ebenso bestünden keine Anhaltspunkte, die an der Identität des Bieters zweifeln lassen. Da die Unterlagen ausschließlich durch einen in der Plattform registrierten Bieter abgegeben werden können, sei die Bieteridentität eindeutig erkennbar. Der Leistungsteil „Instandhaltung“ im Hinweis des Wartungsvertrags beziehe sich auf Ziffer 2.1 des Vordrucks 213.H. Da es sich bei dem Wartungsvertrag um eine Anlage zu 213.H handle, sei das Nichtausfüllen des Vordrucks 213.H in Ziffer 2.1 zu vernachlässigen, wenn sich die Informationen aus dem ausgefüllten Wartungsvertrag ergeben. Aus dem gleichen Grund sei auch die Identität des Bieters unzweifelhaft, da es nicht notwendig (und auch nicht gefordert) sei, auf jeder Anlage die Identität neu anzugeben. Die Unterlagen der BGI zu 1 seien daher ihr klar zuordenbar, vollständig und auch rechtzeitig eingegangen.

Der Wartungsvertrag habe bei beiden Beigeladenen im Angebotspaket beigelegt. Da das Angebotspaket als Ganzes das Angebot der Bieter darstelle, könne hier nicht „zerpflückt“ werden, was nun Teil des Angebotes sein solle und was nicht.

Ebenso verhalte es sich mit den Unterlagen, die von der BGI zu 2 hochgeladen worden seien. Im FB 216 habe die VSt zudem klargestellt, dass sie einen Wartungsvertrag, der händisch ausgefüllt wurde, als verbindlich anerkenne. Bei der Angebotsabgabe beschränke sich die Vorgabe darauf, dass die Übermittlung des Angebotes ausschließlich über ava-sign zu erfolgen habe.

12.

Mit Schriftsätzen vom 22.07.2024 und 29.07.2024 wiederholten und vertieften die Verfahrensbevollmächtigten der ASt ihre bisherige Rechtsauffassung.

13.

Mit Schriftsatz vom 01.08.2024 wiederholte und vertiefte die VSt ihre Rechtsauffassung.

Es sei lediglich die Textform und die Abgabe des Angebotes über das Programm ava-sign als formale Bedingung in der Vergabe vorgegeben worden. Die Beigeladenen hätten die Vorgaben erfüllt. Die Bieteridentitäten seien zweifelsfrei gegeben. Es würden auch keine Anhaltspunkte vorliegen, dass den von den Beigeladenen hochgeladenen Unterlagen keine Bindungswirkungen zukommen soll. Das Angebot der BGI zu 1 enthalte keine unzulässige Mischkalkulation.

14.

Am 02.08.2024 teilte die Vergabekammer der ASt mit, dass keine weitere Akteneinsicht gewährt wird. Die VSt habe festgestellt, dass keine Mischkalkulation vorliege. Der Geheimschutz der BGI zu 1 überwiege.

15.

Mit Schriftsatz vom 31.07.2024 nahmen die Verfahrensbevollmächtigten der BGI zu 2 Stellung.

Das Angebot der BGI zu 1 sei auszuschließen, da der Wartungspreis nicht angegeben worden sei. Die Eintragung des Wartungspreises sei nicht im FB 213.H erfolgt. Auch sei der Wartungsvertrag nicht unterschrieben worden. Zudem seien weder die ASt noch die BGI zu 1 im jeweiligen Wartungsvertrag explizit als Auftragnehmer bezeichnet worden.

Hingegen habe das Angebot der BGI zu 2 keine Defizite. Insofern machte sich die BGI zu 2 die Ausführungen der VSt zu eigen. Die Vorwürfe der ASt wurden bestritten und verneint.

16.

Mit Schriftsatz vom 01.08.2024 beantragt der Verfahrensbevollmächtigte der BGI zu 1:

1. die Anträge der ... (ASt)... abzuweisen.
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens – einschließlich der Aufwendungen der ... (BGI 1)... zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung – aufzuerlegen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene, die Firma, für notwendig zu erklären.

Im Wesentlichen schließt sich die BGI zu 1 dem Vortrag der VSt an. Es sei ein vollständiges, stimmiges und auch verbindliches Angebot über die genutzte Vergabeplattform eingereicht worden. Das Angebot der BGI zu 1 sei verbindlich und könne nicht ausgeschlossen werden, weil nicht alle Kreuze und Eintragungen im FB 213.H eingetragen worden seien. Zudem sei das FB 213.H nicht von der VSt wirksam gefordert worden.

17.

Mit Schriftsatz vom 06.08.2024 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt und wiederholten ihre bisherige Rechtsauffassung.

18.

Mit Schriftsatz vom 07.08.2024 lehnten die Verfahrensbevollmächtigten der BGI zu 1 die Rechtsausführungen der ASt ab.

19.

Die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB wurde wegen tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten am 22.07.2024 bis einschließlich 13.09.2024 verlängert.

20.

In der mündlichen Verhandlung am 08.08.2024 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern.

21.

Mit Schriftsatz vom 16.08.2024 lehnten die Verfahrensbevollmächtigten der BGI zu 2 eine Kostentragungspflicht ab.

22.

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands auf die Verfahrensakte der Vergabekammer, das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, Bezug genommen.

B e g r ü n d u n g:

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a)

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfungsverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

b)

Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

c)

Bei dem ausgeschriebenen Bauauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB.

d)

Der maßgebliche Schwellenwert nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist überschritten.

e)

Die ASt ist antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB, denn sie hat ihr Interesse an dem öffentlichen Auftrag mit der Abgabe eines Angebotes nachgewiesen und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat zudem dargelegt, dass ihr durch den Nichtausschluss der Angebote der BGI zu 1 und BGI zu 2 ein Schaden zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.

f)

Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen.

g)

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

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die ASt ist durch den Nichtausschluss der Angebote der Beigeladenen nicht in ihren Rechten verletzt. Ein Ausschluss jedenfalls des erstplatzierten Angebotes der BGI zu 1 kommt vorliegend nicht in Betracht.

a)

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Ausschlussgrundes nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A sind nicht erfüllt.

Nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A sind Angebote auszuschließen, die unter anderem den Bestimmungen des § 13 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A nicht entsprechen.

Nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A legt der öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung von § 11 EU VOB/A fest, in welcher Form die Angebote einzureichen sind. Nach § 11 EU Abs. 4 VOB/A übermitteln Unternehmen ihre Angebote in Textform mithilfe elektronischer Mittel. Soweit erforderlich kann der öffentliche Arbeitgeber nach § 11 EU Abs. 5 VOB/A erhöhte Anforderungen verlangen.

Für die Auslegung von Vergabeunterlagen ist auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters abzustellen, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist. Maßgeblich ist nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters, sondern wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung und Vergabeunterlagen versteht (vgl. OLG Karlsruhe, NZBau 2016, 449).

Unter Anwendung des genannten Maßstabes führt die Auslegung der Vergabeunterlagen nach dem objektiven Empfängerhorizont zu dem Ergebnis, dass im vorliegenden Vergabeverfahren die VSt lediglich die elektronische Angebotsabgabe in Textform und keine darüberhinausgehende fortgeschrittene oder qualifizierte Signatur gefordert hat.

In Ziffer 8 des FB 211 EU wurde von der VSt angekreuzt, dass die Angebotsabgabe elektronisch in Textform zugelassen ist. Die daneben befindlichen Platzhalterkästchen, mit denen die VSt eine fortgeschrittene/qualifizierte Signatur hätte fordern können, waren nicht angekreuzt. Ziffer 8 enthält zudem die Anmerkungen, dass bei elektronischer Angebotsübermittlung in Textform der Bieter zu erkennen sein muss und dass das Angebot zusammen mit den Anlagen bis zum Ablauf der Angebotsfrist über die Vergabepattform der Vergabestelle zu übermitteln ist.

Entgegen der Rechtsauffassung der ASt entspricht das Angebot der BGI zu 1 den verlangten Formerfordernissen.

Hinsichtlich des Angebots des Bieters ist Maßstab der Auslegung, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte, wobei es keinen Erfahrungssatz gibt, dass der Bieter stets das vom Ausschreibenden Nachgefragte anbieten will, auch wenn ihm redliche und interessensgerechte Absichten zu unterstellen sind (OLG Düsseldorf, B.v. 22.03.2017, Verg 54/17).

Die Auslegung des Angebotes der BGI zu 1 anhand des genannten Maßstabes ergibt, dass das Angebot der BGI zu 1 vollständig ist, den Bieter erkennen lässt und rechtzeitig über die Vergabepattform hochgeladen wurde.

Das Angebot der BGI zu 1 wurde elektronisch in Textform abgegeben und erfüllt daher die Formvorgaben des FB 211 EU bzw. § 11 EU Abs. 4 VOB/A.

Das Angebot wurde auf die Vergabepattform hochgeladen und damit mithilfe elektronischer Mittel i.S.d. § 11 EU Abs. 4 VOB/A übermittelt.

Die BGI zu 1 hat das Angebotsschreiben FB 213.H ausgefüllt und bei „Name und Anschrift des Bieters“ ihren Firmennamen inklusive Anschrift angegeben. Damit ist aus Sicht der Vergabekammer der Bieter eindeutig erkennbar und die Textform eingehalten.

Das Angebot der BGI zu 1 ist auch vollständig. Im FB 213.H hat die BGI zu 1 zwar das Platzhalterkästchen beim Wartungsvertrag nicht angekreuzt und in Ziffer 2.1 den Wartungspreis nicht angegeben, dies ist jedoch nach Auffassung der Vergabekammer unschädlich.

Die objektive Auslegung des Angebotes der BGI zu 1 anhand des genannten Maßstabes ergibt, dass der ausgefüllte und zusammen mit dem Angebot als Anlage beigefügte Wartungsvertrag als verbindlicher Bestandteil des Angebotes zu werten ist. Ein anderes Verständnis würde dem objektiven Empfängerhorizont widersprechen und das eingereichte Komplettpaket bestehend aus Angebot und Anlagen auf unnatürliche Weise aufteilen. Im Rahmen einer Gesamtschau aller eingereichten Unterlagen ist die Vergabekammer der Auffassung, dass der Wartungsvertrag Teil des Angebotes ist. Einem unvoreingenommenen Auftraggeber musste sich aufdrängen, dass im FB 213.H das fehlende Kreuz beim Wartungsvertrag und der fehlende Wartungspreis auf einem Missverständnis beruhte, denn der ausgefüllte Wartungsvertrag wurde tatsächlich miteingereicht und ein vollständiges Angebot abgegeben (vgl. BGH, U.v. 18.06.2019, X ZR 86/17). Hierfür spricht auch, dass es sich vorliegend beim Wartungsvertrag nicht um einen eigenständigen Vertrag handelt, sondern um die für den Leistungsteil „Instandhaltung“ geltenden Konditionen. Hierauf wird im Wartungsvertrag in der Fußnote 1 ausdrücklich hingewiesen. Dieser Hinweis bezieht sich laut VSt auf Ziffer 2.1 des FB 213.H, weshalb es sich beim Wartungsvertrag um eine Anlage zum FB 213.H handelt. Wie bereits ausgeführt, erfüllt das Angebot der BGI zu 1 die Textform durch das ausgefüllte Angebotsschreiben FB 213.H. Der dem Angebot als Anlage beigefügte Wartungsvertrag ist Teil des Gesamtpaketes und damit eindeutig dem Bieter zurechenbar. Im Wartungsvertrag selbst muss daher keine eigenständige Bieterbezeichnung erfolgen. Die Angabe „0,x“ bei den Stundenverrechnungssätzen in Ziffer 5.2 des Wartungsvertrages (Vergütung von Leistungen nach Ziffer 2.4 – Störungsbeseitigung) ist ebenfalls unschädlich, da es sich hierbei um eine nicht wertungsrelevante Angabe handelt. Im Ergebnis ist der Angebotsinhalt eindeutig und enthält keine Widersprüche.

Überdies kommt die Vergabekammer Münster in einer vergleichbaren Fallkonstellation zu dem Ergebnis, dass das Angebotsschreiben FB 213.H schon gar nicht seitens der VSt wirksam gefordert worden ist (VK Münster, B.v. 07.08.2023, VK 1 – 22/23). Wie im Fall der VK Münster enthalten auch hier die Vergabeunterlagen zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers gehende widersprüchliche Angaben zur Abgabe des Angebotsschreibens. Anders als im FB 211 EU wird von den Bietern im FB 216 nur ein nicht näher bezeichnetes Angebotsschreiben, nicht aber das FB 213.H, gefordert. Ein Ausschluss kann demnach nicht auf ein unvollständiges Ausfüllen des FB 213.H gestützt werden.

b)

Unter Bezugnahme auf die obigen Ausführungen stellt die Vergabekammer fest, dass das Angebot der BGI zu 1 alle geforderten Preise enthält. Ein Ausschluss nach § 16a EU Abs. 2 Satz 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A kommt daher nicht in Betracht.

c)

Entgegen der Behauptung der ASt enthält das Angebot der BGI zu 1 auch keine Indizien für eine Mischkalkulation. Die Preisaufklärung seitens der VSt hat zwar auffällige Einheitspreise ergeben, allerdings keine Indizien für eine Mischkalkulation. Auch die Vergabekammer sieht keine Indizien für eine Mischkalkulation. Überdies ist nach Auffassung der Vergabekammer schon gar keine Preisaufklärung veranlasst gewesen, da die maßgeblichen Gesamtpreise der Bieter hierzu keinen Anlass gegeben hatten.

d)

Überdies merkt die Vergabekammer nach summarischer Prüfung des Angebotes der BGI zu 2 an, dass auch insoweit keine Ausschlussgründe vorliegen. Die Vergabekammer folgt nicht der Rechtsauffassung der ASt, dass die händisch ausgefüllten und eingescannten Unterlagen wegen vermeintlichen Formverstoß nicht berücksichtigt werden dürfen. Für eine derartige Auslegung finden sich nach oben dargestellten Auslegungsmaßstäben keine ausreichenden Anhaltspunkte in den Vergabeunterlagen. Da jedoch bereits für das auf Rang 1 liegende Angebot der BGI zu 1 kein Ausschlussgrund gegeben ist, kommt es hierauf mangels Relevanz nicht mehr an und weitere Ausführungen hierzu erübrigen sich.

e)

Der Antrag der ASt auf weitergehende Akteneinsicht bzw. Mitteilung, bei welchen Positionen der BGI zu 1 überhöhte bzw. untersetzte Einheitspreise festgestellt wurden, ist unbegründet und daher abzulehnen.

Die ASt hat zur Akteneinsicht Auszüge aus der der Vergabekammer vorgelegten Vergabeakte erhalten, soweit keine wichtigen Gründe, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der beiden Beigeladenen, entgegenstanden, § 165 Abs. 2 GWB. Die Vergabekammer hat bei überwiegend schutzbedürftigen Inhalten die entsprechenden Stellen teilgeschwärzt.

Die VSt hat im Schriftsatz vom 01.08.2024 ausgeführt, dass keine unzulässige Mischkalkulation vorliege und dass das Auskunftsbegehren der ASt hinsichtlich der Vorlage

von Einzelpreisen der Mitbieter unzulässig sei. Insbesondere sei die vereinzelte Vorlage von Preisen nicht zielführend, weil daraus gerade nicht eine Mischkalkulation zu erkennen wäre.

Nach Auffassung der Vergabekammer hat die ASt den Vorwurf einer vermeintlichen Mischkalkulation im Angebot der BGI zu 1 „ins Blaue hinein“ erhoben, da es insoweit keine Anhaltspunkte gibt. Das Verlangen der ASt nach Mitteilung, bei welchen Positionen der BGI zu 1 überhöhte bzw. untersetzte Einheitspreise festgestellt wurden, dient letztlich nur der weiteren Ausforschung des Angebotes der BGI zu 1. Vor diesem Hintergrund ist die entsprechende weitergehende Akteneinsicht der ASt nach Abwägung der betroffenen Interessen nicht geboten und im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu versagen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a)

Die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der VSt und der BGI zu 1 tragen die ASt zu je 3/4 und die BGI zu 2 zu je 1/4.

Die Verfahrenskosten tragen die ASt und die BGI zu 2, weil sie jeweils mit ihren Anträgen unterlegen sind, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB. Die ASt trägt 3/4, weil sie mit ihrem Nachprüfungsantrag vollumfänglich unterlegen ist, da sie den Ausschluss beider Angebote von BGI zu 1 und BGI zu 2 beantragt hatte. Die BGI zu 2 trägt 1/4, da sie jedenfalls hinsichtlich ihrem Antrag auf Ausschluss des Angebotes der BGI zu 1 unterlegen ist.

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB und gegenüber der BGI zu 1 aus § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB. Der Erstattungsanspruch der BGI zu 1 ist gerechtfertigt, da sie sich aktiv in das Vergabenachprüfungsverfahren eingebracht und dieses gefördert hat. Hinsichtlich der Aufteilung 3/4 bzw. 1/4 wird auf die obige Begründung der Verfahrenskosten verwiesen.

Es entspricht der Billigkeit die BGI zu 2 an den Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der VSt und der BGI zu 1 zu beteiligen, da sie sich mit anwaltlicher Hilfe sowohl schriftsätzlich als auch durch die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung aktiv im Verfahren vor der Vergabekammer mit umfangreichen Ausführungen wesentlich beteiligt hat (vgl. OLG München, B.v. 08.03.2016, Verg 1/16). Durch ihre Mitwirkung versuchte die BGI zu 2 den Verfahrensausgang zu ihren

Gunsten zu beeinflussen. Die BGI zu 2 hat sowohl in ihrem 5-seitigen Schriftsatz vom 31.07.2024 als auch in der mündlichen Verhandlung den Ausschluss des Angebotes der BGI zu 1 und den Nichtausschluss des Angebotes der BGI zu 2 ausdrücklich begehrt. Durch diese aktive Mitwirkung am Verfahren hat sie sich einem Kostenrisiko ausgesetzt. Im Fall des Obsiegens hätte sie auch ihre Aufwendungen erstattet bekommen. Einer aktiven Beteiligung des Beigeladenen am Vergabenachprüfungsverfahren in Form einer eigenen Antragstellung bedarf es für eine Pflicht zur Kostentragung hingegen nicht (vgl. OLG Rostock, B.v. 21.07.2017, 17 Verg 2/17). Eine Beigeladene kann auch dann an den Kosten beteiligt werden, wenn sie zwar ausdrücklich auf eine Antragstellung in der mündlichen Verhandlung verzichtet, das Verfahren jedoch gefördert hat (vgl. OLG Frankfurt, B.v. 12.07.2016, 11 Verg 9/16). Entgegen der Rechtsauffassung der BGI zu 2 kann auch durch einen Vorbehalt des Beitritts, wie im Schriftsatz der BGI zu 2 vom 31.07.2024 erklärt, die Kostentragungspflicht nicht verhindert werden. Einen derartigen Vorbehalt sieht § 182 GWB nicht vor und ist daher unbeachtlich.

b)

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war für die BGI zu 1 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, sodass es der BGI zu 1 nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Auch die ASt und die BGI zu 2 waren anwaltlich vertreten.

c)

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und Abs. 3 GWB festzusetzen. Unter Berücksichtigung der Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamts eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....