

Antragstellerin:

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

Vergabestelle:

Bevollmächtigte:
.....
(Vergabestelle – VSt)

Beigeladene:

(Beigeladene – BGl)

Bauftrag: **Installation von Gasanlagen**

Vergabeverfahren: **Offenes Verfahren**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung am 12.02.2025 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin insoweit in ihren Rechten verletzt ist, dass die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens rechtswidrig ist.
Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.
2. Die Antragstellerin und die Vergabestelle tragen die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen jeweils zur Hälfte.
3. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung von Bevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Vergabestelle notwendig war.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Mit EU-Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx (xxxxxx-xxx) schrieb die VSt im offenen Verfahren Bauleistungen (Installation von Gasanlagen) aus. Am xx.xx.xxxx erfolgte eine Änderungsbe-
kanntmachung (xxxxxx-xxxx). Als alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis festgesetzt.

2.

Im Leistungsverzeichnis hat die VSt u.a. folgende Vorgaben getroffen:

Pos. 03.0220 – automatische Überwachung Druckluft:

- Komplette Grundeinheit im Stahlschrank mit Sichtscheibe für Sensoren für CO, SO₂, NO₂, CO₂ und Druck-Taupunkt;
- Entnahmestelle für Öl-Messung über einen FlowRegler und Anfeuchtung für den Messluftstrom; sowie
- Messsensoren besitzen spezifische Messbereiche, Nullpunkte, Empfindlichkeiten und Empfindlichkeitsverluste des Messwertes im Monat.

Pos. 05.0010 – Zentralgerät Gaswarnanlage:

- 2x12 stellig beleuchtetes Display zur Klartextanzeige der Istwerte, Alarme und alle relevanten Systemdaten; sowie
- Alarmauswertung mit unterschiedlicher Verfahrensauswahl, wie Ist- und Mittelwertalarmierung oder einer Auswertung nach TRGS 402.

Pos. 05.0030 – Transmitter O₂ und Pos. 05.0040 – Transmitter CO₂:

- Messfühler besitzen eine dreifarbige LED zur Signalisierung der Betriebszustände.

Pos. 07.0010 – BKE 1-fach ohne Vac bis Pos. 07.0050 – BKE 5-fach ohne Vac:

- Ventilkasten mit patentierter Notöffnungsvorrichtung.
- Ventilkasten-Oberteil als Material ABS schwerentflammbar gem. UL-Norm.

Pos. 13.0090 – Qualitätsnachweis med. Druckluft:

- Prüfung der medizinischen Luft mittels Analyseverfahren im Labor;
- Vorlagen eines Validierungsnachweises des Prüflabors mit dem Angebot des Bieters.

Ziffer 14 des Leistungsverzeichnisses betrifft die Wartung. Danach war ein Wartungsangebot für die im LV beschriebenen Anlagen der medizinischen Gasversorgung Ausrüstung/Einrichtung zu unterbreiten. Die Wartungskosten seien aufzuführen für das 1. Jahr nach Abnahme bis zum Ende der Gewährleistungsfrist (5 Jahre). Weiter ist festgelegt, dass die Angebotssumme in die Wertung des Gesamtangebots einbezogen wird.

3.

Die ASt hat am xx.xxx.xxxx ein Angebot abgegeben, die BGI am xx.xx.xxxx, weiter die Fa. X.

Die Eröffnung der Angebote erfolgte am xx.xx.xxxx.

Hinsichtlich des Angebots der ASt und der BGI fand am 05.12.2024 jeweils eine Angebotsaufklärung statt.

Nach dem Angebotsprüfbericht der Fa. AG vom 13.12.2024 wurde bei keinem dieser Angebote ein Ausschlussgrund festgestellt. Das Angebot der Fa. X werde jedoch im weiteren Prüfverfahren nicht betrachtet. Der Grund dafür liege in der unangemessen hohen Preisgestaltung des Angebots.

In dem Angebotsprüfbericht ist weiter vermerkt, dass eine technische Prüfung durchgeführt wurde und das Angebot dem im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Leistungs- und Qualitätsumfang entspricht (Ziffer 2.3.2).

Im Angebotsprüfbericht wurden weiter die Angebote der ASt und der BGI dargestellt.

Demnach ist das Bruttoangebot der BGI gegenüber der ASt ohne Berücksichtigung der Wartungskosten günstiger. Unter Berücksichtigung der Wartungskosten ist das Bruttoangebot der BGI teurer als das der ASt.

Weiter ist in dem Angebotsprüfbericht vermerkt: „Da die Wartungskosten in der technischen Prüfung von zweitrangiger Bedeutung sind, wurden diese Kosten nicht für den Vergabevorschlag gewertet.“

In dem Angebotsprüfbericht wird vorgeschlagen, aufgrund der Angebotswertung das Angebot der BGI zu bezuschlagen.

4.

Mit Schreiben der VSt vom 20.12.2023 wurde die ASt darüber informiert, dass die VSt beabsichtigt, den Zuschlag am 31.12.2024 auf das Angebot der BGI zu erteilen. Auf das Angebot der ASt könne der Zuschlag nicht erteilt werden, da ein niedrigeres Hauptangebot vorliege.

5.

Mit Schreiben vom 23.12.2024 erhob die ASt Rüge. Gerügt wurde, dass die BGI die oben dargestellten Vorgaben der VSt nach Marktkenntnis der ASt nicht erfüllen könne und damit von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses abgewichen sein müsse.

6.

Mit Schriftsatz vom 30.12.2024 erhob die ASt Nachprüfungsantrag und beantragte,

- I. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Die Antragsgegnerin wird bei Fortbestehen der Vergabeabsicht verpflichtet, das Verfahren zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.
- II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
- III. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die BGI erfülle nicht alle im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Anforderungen.

Gerügt wurde, dass das Angebot der BGI folgende Positionen nicht erfülle (wurde näher ausgeführt):

Pos. 03.0220 – automatische Überwachung Druckluft

Pos. 05.0010 – Zentralgerät Gaswarnanlage

Pos. 05.0030 – Transmitter O2 und Pos. 05.0040 – Transmitter CO2

Pos. 07.0010 – BKE 1-fach ohne Vac bis Pos. 07.0050 – BKE 5-fach ohne Vac

Pos. 13.0090 – Qualitätsnachweis med. Druckluft

Es wurde ausgeführt, dass Abweichungen vom Leistungsverzeichnis zum zwingenden Angebotsausschluss führten.

Sollte die Beizuladende in ihrem Angebot unzutreffend angegeben haben, dass sie die betreffenden Leistungen wie ausgeschrieben erbringen wird, könne dies nicht ungeprüft unterstellt werden. Ein Auftraggeber dürfe sich nicht ohne Überprüfung auf das Leistungsversprechen des Bieters verlassen, wenn konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Leistungsversprechen des Bieters falsch oder wenigstens zweifelhaft ist. Entsprechende Anhaltspunkte seien der VSt spätestens seit dem Rügeschreiben bekannt, in dem diese substantiiert dargelegt wurden. Ohne eingehende und ernsthafte Überprüfung der Fähigkeit zur Einhaltung der vorstehenden LV-Positionen sei eine Vergabe an die BGI. Vergaberechtswidrig.

7.

Mit Schreiben vom 08.01.2025 erfolgte die Beiladung.

8.

Mit Schreiben vom 14.01.2025 teilte die VSt mit, dass sie die Vergabeunterlagen überarbeiten werde. Aus diesem Grund werde die VSt das Vergabeverfahren in Kürze auf den Zeitpunkt vor Abgabe der Angebote zurückversetzen.

9.

Mit Schriftsatz vom 14.01.2025 nahm die BGI Stellung.

Die BGI würde die angesprochenen Positionen im Leistungsverzeichnis erfüllen, was näher ausgeführt wurde.

10.

Mit Schriftsatz vom 16.01.2025 nahm die ASt erneut Stellung.

Mit der Stellungnahme wurde folgendes beantragt:

- I. Der Antragsgegnerin wird bei Fortbestehen der Vergabeabsicht aufgegeben, die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens zu unterlassen/rückgängig zu machen.
- II. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen.

Das Nachprüfungsverfahren könne nicht für erledigt erklärt werden. Die Entscheidung über die Zurückversetzung des Verfahrens sei sachlich nicht gerechtfertigt. Die Zurückversetzung diene offensichtlich allein dem Zweck, die Zuschlagserteilung auf das Angebot der ASt zu verhindern.

Eine entsprechende Rüge der ASt an die VSt vom 15.01.2025 wurde mit dem Schriftsatz übergeben.

11.

Mit Schriftsatz vom 24.01.2025 nahm die VSt erneut Stellung.

Mit der Stellungnahme wurde beantragt,

1. Den Antrag zurückzuweisen,
2. Der Antragstellerin keine Akteneinsicht zu gewähren,
3. Auszusprechen, dass die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin nicht notwendig ist.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Soweit sich der Antrag gegen die Zurückversetzung des Verfahrens richtet, sei er unzulässig, da die tatsächliche Zurückversetzung noch nicht erfolgt sei.

Eine Zuschlagserteilung könne hier nicht erfolgen, die Zurückversetzung auf den Zeitpunkt vor Abgabe der Angebote müsse erfolgen.

Denn in der Leistungsbeschreibung sei derzeit die Vorgabe des Einbaus von Ventilkasten-Oberteilen aus schwerentflammaren ABS enthalten. Diese würden nur durch einen Hersteller hergestellt, würden gegenüber Ventilkästen aus Metall im Hinblick auf die Sicherheit jedoch keine Vorteile bieten. Diese produktspezifische Vorgabe sei damit nach § 7 EU Abs. 2 Satz 1 VOB/A unzulässig. Weiterhin enthalte das Leistungsverzeichnis die Vorgabe, dass ein „patentierter Notöffnungsmechanismus“ eingebaut werden müsse. Diese Vorgabe habe jedoch keinen technischen Hintergrund. Die von der ASt angebotenen Leistungen würden einen solchen Notfallmechanismus nicht beinhalten. Das Angebot der ASt müsse daher ebenfalls ausgeschlossen werden, sollte das Verfahren mit unveränderter Leistungsbeschreibung fortgesetzt werden.

Die ASt sei daher nicht berechtigt, auf Grundlage der vergaberechtswidrigen Leistungsbeschreibung den Zuschlag zu erteilen. Die Zurückversetzung des Verfahrens stelle ein milderes Mittel dar als die Aufhebung des Verfahrens. Es würden dadurch keine Marktteilnehmer unangemessen benachteiligt.

12.

Mit Schreiben vom 27.01.2025 wurde der ASt und der BGI Akteneinsicht erteilt.

13.

Mit Schriftsatz vom 29.01.2025 nahm die ASt erneut Stellung.

Der BGI dürfe der Zuschlag nicht erteilt werden.

Die BGI habe nicht das preisgünstigste Angebot abgegeben. Unter Einbeziehung der Wartung sei das Angebot der BGI teurer als das der ASt.

Das Vorbringen der BGI, dass die thematisierten Passagen des Leistungsverzeichnisses erfüllt würden, würde Schutzbehauptungen darstellen. Die ASt hat hierzu im Einzelnen vorge tragen.

14.

Mit Schriftsatz vom 03.02.2025 nahm die ASt erneut Stellung.

Im Wesentlichen wurde noch folgendes ausgeführt:

Der Nachprüfungsantrag sei nach wie vor zulässig. Mit dem Nachprüfungsantrag werde nach wie vor der Ausschluss des Angebots der BGI begehrt. Im Übrigen sei die Entscheidung über die Zurückversetzung bereits gefallen.

Es liege kein sachlicher Grund für eine Aufhebung des Verfahrens vor. Die Vorgabe „Ventilkasten-Oberteile aus schwerentflammbar ABS“ sei nicht produktbezogen und damit nicht vergaberechtswidrig. Denn der BGI sei es offenbar möglich gewesen, einen Ventilkasten von einem Drittunternehmen anzubieten. Das Angebot der ASt sei nicht wegen einer Abweichung von der Vorgabe „patentierter Notöffnungsmechanismus“ auszuschließen. Die ASt habe vorliegend dasjenige Gasversorgungssystem angeboten, das sie regulär vertreibt und das bereits entsprechend zugelassen bzw. zertifiziert ist. Die hierfür zu beachtende DIN-Norm schreibe einen „Notöffnungsmechanismus“ vor. Daher sei das Verlangen nach einem patentgeschützten Notöffnungsmechanismus ausgeschlossen. Das Vorhandensein einer Norm, die einen solchen "Notöffnungsmechanismus" verlangt, schließe die Möglichkeit, über einen "patentgeschützten Notöffnungsmechanismus" zu verfügen für alle auf dem Markt befindlichen Unternehmen von vornherein aus.

Angebote, die eine für die Bieter unzumutbare Vorgabe nicht erfüllen, dürften nicht ausgeschlossen werden.

15.

Mit Schriftsatz vom 05.02.2025 nahm die VSt erneut Stellung.

Insbesondere wurde ausgeführt, dass es auf die Ausführungen der ASt zum Angebot der BGI nicht ankomme. Es könne keine Zuschlagserteilung erfolgen, da das Verfahren aufgehoben werden müsse.

16.

Mit Schriftsatz vom 07.02.2025 nahm die VSt erneut Stellung.

Ein nachträglich eingetretener, unvorhersehbarer und unverschuldeter Aufhebungsgrund nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A liege nicht vor. Vielmehr habe der Grund bereits von Anfang an vorgelegen, dieser sei jedoch erst nach Eingang der Angebote offenbar geworden. Ein Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung könne selbst dann nicht nachträglich ohne Aufhebung geheilt werden, wenn daneben gleichwertige Produkte ausdrücklich zugelassen sind.

Die Vorgabe „Ventilkästen-Oberteile aus schwerentflammaren ABS“ sei entgegen der Ansicht der ASt produktbezogen. Der BGI sei es nicht möglich, einen Ventilkasten von einem Drittunternehmen anzubieten, der die Vorgaben erfüllt.

Die ASt bestätige, dass es keinen Hersteller gibt, der einen „patentierten Notöffnungsmechanismus“ anbietet. Damit verlange die VSt (zu Unrecht) von den Bietern das Anbieten einer unmöglichen Leistung. Es treffe nicht zu, dass Angebote, die eine für die Bieter unzumutbare Vorgabe nicht erfüllen, nicht ausgeschlossen werden dürfen. Vielmehr müsse in solchen Fällen eine Aufhebung des Verfahrens erfolgen, was auch aus der von der ASt für die Gegenansicht zitierten Entscheidung (BGH, U. v. 01.08.2006, X ZR 115/04) hervorgehe.

Der Auffassung der ASt, wonach die Aufhebung willkürlich erfolgt sei, werde entgegengetreten.

17.

Mit Nachricht vom 07.02.2025 teilte die VSt den Bietern die Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Angebotsende/Submission sowie den Austausch des Leistungsverzeichnisses mit.

Nach der Mitteilung betrifft die Überarbeitung des Leistungsverzeichnisses folgende Positionen: 03.0220, 05.0010, 05.0030, 05.0040, 07.0010.

18.

In der mündlichen Verhandlung vom 12.02.2025 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern.

19.

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

Begründung:

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber nur zum Teil begründet.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a)

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

b)

Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB.

c)

Bei den ausgeschriebenen Bauleistungen handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 2 GWB.

d)

Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

e)

Die ASt ist antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB.

f)

Es besteht keine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 GWB.

g)

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

2.

Der Nachprüfungsantrag ist zum Teil begründet.

a)

Nachdem die VSt am 07.02.2025 die Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Angebotsende mitgeteilt hat, ist dies Streitgegenstand. Dagegen ist die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der BGI nicht mehr Streitgegenstand.

b)

Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung zuletzt beantragt, die Zurückversetzung aufzuheben. Insoweit ist der Nachprüfungsantrag unbegründet.

Der öffentliche Auftraggeber ist weder aus vertragsrechtlichen noch aus vergaberechtlichen Gründen gezwungen, das Vergabeverfahren mit einem Zuschlag zu beenden. Es entsteht also aus der mit der Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens verbundenen Ankündigung, einen bestimmten Auftrag vergeben zu wollen, kein Kontrahierungszwang. Daher ist es für die rechtliche Wirksamkeit der Entscheidung über den Abbruch oder die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens grundsätzlich unerheblich, ob diese Entscheidung sich auf einen Aufhebungsgrund nach § 17 EU VOB/A stützen kann. Es ist für die rechtliche Wirksamkeit der Entscheidung über den Abbruch oder die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens damit grundsätzlich unerheblich, ob dies rechtmäßig erfolgte (jurisPK-Vergaberecht, § 17 EU VOB/A, Rn. 1 ff.). Unwirksam mit der Folge einer Pflicht zur Verfahrensfortsetzung ist eine Aufhebung bzw. Zurückversetzung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann, wenn für diese Entscheidung kein sachlicher Grund besteht, die Entscheidung damit diskriminierend oder willkürlich ist bzw. bloß zum Schein erfolgt (BGH, B. v. 20.03.2014, X ZB 18/13; jurisPK-Vergaberecht, § 17 EU VOB/A, Rn. 1 ff.).

Die VSt beruft sich für die Entscheidung zur Zurückversetzung des Verfahrens darauf, dass die Vorgabe zur Pos. 07 (Bereichskontrolleinheiten) teilweise produktspezifisch sei. Dies betreffe die Vorgabe, dass das Ventilkasten-Oberteil aus schwerentflammbarem ABS sein müsse. Diese würden nur durch einen Hersteller hergestellt, würden gegenüber Ventilkästen aus Metall im Hinblick auf die Sicherheit jedoch keine Vorteile bieten. Nach Auffassung der Vergabekammer stellt die Erwägung, die Vorgabe in der Ausschreibung zum Material zu ändern, einen sachlichen Grund dar. Denn nach dem Vortrag der VSt könne das Ventilkasten-Oberteil auch aus Metall sein und der Wettbewerb wäre dann offener; dem ist die ASt auch nicht entgegengetreten. Der Auffassung, dass dies einen sachlichen Grund darstelle, steht auch nicht der weitere Vortrag der ASt entgegen. Diese hatte weiter vorgebracht, die betreffende Vorgabe sei nicht produktspezifisch, zumal die BGI das Produkt eines

Drittanbieters anbieten könne. Denn die Erwägung der VSt, nunmehr die bisherige Materialvorgabe hinsichtlich des Ventilkasten-Oberteils zu streichen, ist, wie dargelegt, sachlich gerechtfertigt. Für die sachliche Rechtfertigung der Entscheidung über die Zurückversetzung kommt es damit nicht mehr darauf an, ob die bisherige Vorgabe eine unzulässige produktspezifische Vorgabe im Sinne des § 7 EU VOB/A darstellt. Die Tatsache, dass das betreffende Produkt möglicherweise von Drittanbietern bezogen werden kann, dürfte bei dieser Frage jedoch keine Rolle spielen.

Daher kommt es nicht mehr darauf an, ob weitere sachliche Gründe für die Zurückversetzung des Verfahrens sprechen. Die VSt beruft sich insoweit weiter darauf, dass die weitere Vorgabe zur Pos. 07 („patentierter Notöffnungsmechanismus“) keinen technischen Hintergrund habe. Auch dies würde nach Auffassung der Vergabekammer einen sachlichen Grund darstellen. Hinzu kommt, dass die VSt nach entsprechendem Vortrag der ASt zuletzt davon ausging, dass nicht nur die ASt, sondern kein Bieter die Vorgabe, dass der Notöffnungsmechanismus patentiert sein müsse, erfüllen könne; dem ist die BGI trotz Gelegenheit zur Stellungnahme nicht entgegengetreten. Die VSt beruft sich insoweit für die Zurückversetzung darauf, dass damit von den Bietern etwas Unmögliches verlangt werde, was ebenfalls einen sachlichen Grund darstellt.

c)

Nach Auffassung der Vergabekammer war die Zurückversetzung auch aus anderen Gründen sachgerecht und auch angezeigt. Die vorherige Antragstellung der ASt bzw. die ursprüngliche Stoßrichtung des Nachprüfungsantrags erhellt, dass das Leistungsverzeichnis auch in weiteren Positionen überarbeitungsbedürftig war. Dies betrifft die Frage, ob weitere Positionen des Leistungsverzeichnisses unzulässige produktspezifische Vorgaben enthielten. Diese Frage war insbesondere im Hinblick auf die Positionen, die nach dem Vortrag der ASt von der BGI nicht erfüllt wurden, aufgeworfen.

d)

Die ASt hat zuletzt weiterhin die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zurückversetzung beantragt. Insoweit ist der Nachprüfungsantrag begründet.

Denn die von der VSt angeführten Gründe für die Zurückversetzung erfüllen nicht den Tatbestand der Aufhebungsgründe nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A. Die Entscheidung über die Zurückversetzung ist daher rechtswidrig.

Die Aufhebungsgründe nach § 17 EU Abs. 1 VOB/A liegen nicht vor. Ein Aufhebungsgrund liegt beispielsweise dann vor, wenn die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen (Abs. 1 Nr. 2) oder andere schwerwiegende Gründe bestehen (Abs. 1 Nr. 3).

Über den Wortlaut der normierten Aufhebungsgründe hinaus verlangt die Rechtsprechung, zum Schutz des Vertrauens der Bieter, dass Aufhebungsgründe nicht auf den Auftraggeber zurückzuführen sind; die Aufhebungsgründe dürfen nicht der Risikosphäre des Auftraggebers zuzurechnen sein bzw. der Aufhebungsgrund darf nicht schuldhaft durch die VSt herbeigeführt worden sein (OLG München, B. v. 04.04.2013, Verg 4/13).

Von einem solchen Fall ist hier jedoch auszugehen. Die von der VSt angeführten Gründe für die Zurückversetzung sind der Risikosphäre der VSt zuzurechnen. Denn sie betreffen Festlegungen der VSt in der Leistungsbeschreibung. Die VSt strebt nunmehr die Korrektur bestimmter Positionen der Leistungsbeschreibung an. Die Gründe dafür liegen in den entsprechenden Positionen des Leistungsverzeichnisses selbst, nicht in später eingetretenen oder von den Bietern zu verantwortenden Umständen.

Diese Beurteilung trifft auch hinsichtlich der vorgesehenen Überarbeitung weiterer Positionen des Leistungsverzeichnisses zu. Auch dies ist der Risikosphäre der VSt zuzurechnen. Auch insoweit bestünde mithin kein Aufhebungsgrund und auch insoweit wäre die Entscheidung über die Zurückversetzung bereits tatbestandlich rechtswidrig.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a)

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB. Da die ASt zum Teil mit ihren Anträgen unterliegt, teilweise obsiegt, sind die Kosten zum Teil durch die ASt, zum Teil durch die VSt zu tragen. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der mit dem Hauptantrag verfolgten Aufhebung der Zurückversetzung ist von einer Unterliegensquote von 50 % auszugehen. Die Beigeladene hat keine Anträge gestellt. Sie hat damit kein Kostenrisiko auf sich genommen.

b)

Die Kostenerstattungspflicht ergibt sich aus § 182 Abs. 4 GWB.

c)

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt und die VSt notwendig (§ 182 Abs. 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 jeweils nicht zumutbar war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

d)

Die Beigeladene hat keine Anträge gestellt. Sie hat damit kein Kostenrisiko auf sich genommen. Sie erhält daher im Umkehrschluss ihre Aufwendungen nicht erstattet.

e)

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von xxxxx €.

f)

Der von der Antragstellerin geleistete Kostenvorschuss von x.xxx,-- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet.

Der Betrag von xxxxx € wird der Antragstellerin nach Bestandskraft zurückerstattet.

Die Vergabestelle erhält eine Kostenrechnung in Höhe von xxxxx €.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....