

Nachprüfungsantrag: 1.
2.
Bevollmächtigte:
.....
(**Antragstellerin – ASt**)

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

Beigeladene
Bevollmächtigte
.....
(**Beigeladene – BGI**)

Bauvorhaben: **Verfügbarkeitsmodell BAB.....**

Vergabeverfahren: **ÖPP-Projekt im Verhandlungsverfahren
mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 06.05.2019 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer..... und den ehrenamtlichen Beisitzer am 03.06.2019 folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Nachprüfungsantrag wird im Hinblick auf die gestellten Hauptanträge zu 1a und 1b abgelehnt.
2. Der Hilfsantrag hat sich erledigt. Das Nachprüfungsverfahren wird insoweit eingestellt.
3. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin, der Vergabestelle und der Beigeladenen tragen die Antragstellerin zu 1 und zu 2 als Gesamtschuldnerin und die Vergabestelle je zur Hälfte.

4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin, die Vergabestelle und die Beigeladene war notwendig.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt xxx.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

Sachverhalt:

1.

Mit EU-Bekanntmachung vom xx.xx.xxx veröffentlichte die Vergabestelle das Vergabeverfahren „Verfügbarkeitsmodell“. Es handelt sich um ein ÖPP-Projekt im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb für den Bau, die Erhaltung und den Betrieb der BAB Die Autobahn soll auf rund 71km Länge 6-streifig ausgebaut werden. Zudem soll der zukünftige Auftragnehmer für Erhaltung und Betrieb dieser Projektstrecke für 30 Jahre verantwortlich sein. Der Auftragswert ist größer als xxxxx €. Zudem wurde im Jahr 2018 noch ein ca. 5 km langer Abschnitt bei xxxxx, der nur teilweise ausgebaut war, in das Vergabeverfahren mit aufgenommen.

Drei Bewerber wurden von der Vergabestelle zum Verhandlungsverfahren eingeladen. Nach der ersten Angebotsrunde wurden – wie in den Vergabeunterlagen vorgesehen – die beiden bestplatzierten Bieter als „bevorzugte Bieter“ zur Abgabe eines endgültigen Angebotes aufgefordert. Der verbleibende Bieter steht als Reservebieter für den Fall zur Verfügung, falls die Verhandlungen mit einem oder beiden bevorzugten Bieter scheitern oder ein Vertragsschluss mit keinem der bevorzugten Bieter zustande kommt.

Die Frist zur elektronischen Angebotsabgabe für das endgültige Angebot wurde auf den xx.xx.xxxx, xx:xx Uhr, festgesetzt.

2.

In Kapitel 5, Ziffer 1.2 Vergabeunterlagen (VGU) bestimmte die Vergabestelle:

„Enthalten die Vergabeunterlagen nach Auffassung des Bieters Unklarheiten, so hat der Bieter die Vergabestelle darauf unverzüglich über die Vergabeplattform hinzuweisen. Mit dieser kann die Vergabestelle um Klarstellung und, falls notwendig, um entsprechende Korrekturen gebeten werden..“

In Kapitel 5 Ziffer 2.8 VGU (Bauliche Umsetzung) :

(a) Planfeststellung

Grundlage der durch den Bieter zu erbringenden Planungsleistungen sind die Planfeststellungsbeschlüsse und Plangenehmigungen sowie die Leistungsbeschreibungen....

...Die neu zu errichtenden Ingenieurbauwerke sind in den Planfeststellungsunterlagen zeichnerisch nur angedeutet. Gegenüber den Planfeststellungsunterlagen wurden in der Besonderen Leistungsbeschreibung Bau (Kap. 10.2 VGU Angebote) Planungsparameter für Ingenieurbauwerke (Brücken und Lärmschutzanlagen) präzisiert. Diese sind zu beachten.

(b) Referenzplanung allgemein

Die Vergabestelle hat ergänzend vertiefende Planunterlagen erstellt, die sie den Vergabeunterlagen als unverbindliche Referenzplanung beigelegt hat. Diese unverbindliche Referenzplanung wurde erstellt für den Straßenbau, für sämtliche Brückenbauwerke gemäß DIN 1076 und die landschaftspflegerischen Maßnahmen....

Referenzplanung Ingenieurbau

Detaillierte Planunterlagen zu den Ingenieurbauten sind in den Planfeststellungsunterlagen nicht enthalten. Die unverbindliche Referenzplanung zum Ingenieurbau entspricht im Wesentlichen den Anforderungen der Entwurfsplanung Lph 3 gemäß § 43 HOAI.

(c) Zum Umgang mit der Referenzplanung

Die Referenzplanung stellt einen unverbindlichen Planungsbeitrag der Vergabestelle dar. Der Bieter kann die Referenzplanung ganz oder in Teilen übernehmen oder eine eigene Planung erstellen....

.....Fall B: Der Bieter übernimmt die Referenzplanung in Teilen.

Hierzu hat der Bieter die Referenzplanung der Vergabestelle vollumfänglich inhaltlich zu prüfen. Mit Übernahme der Referenzplanung in Teilen geht die gesamte Planungsverantwortung für den übernommenen Teil der Referenzplanung auf den Bieter über. Für den nicht übernommenen Teil der Referenzplanung hat der Bieter für das endgültige Angebot eigene Planunterlagen für den Bau entsprechend den Vorgaben der Vergabeunterlagen zu erstellen.

(d) Angebotsplanung

Für die nicht übernommenen Teile der Referenzplanung hat der Bieter für das endgültige Angebot eine eigene Planung in dem Umfang und der Planungstiefe der Referenzplanung zu erstellen, die den Vorgaben der Vergabeunterlagen entspricht. Die Abweichungen von der Referenzplanung sind in einem technischen Erläuterungsbericht einschließlich der

Vor- und Nachteile der einzelnen Änderungen in technischer und finanzieller Hinsicht detailliert darzustellen. Diese können auch in der jeweiligen Planunterlage der Referenzplanung als maßstäbliche, durchkonstruierte Roteintragung dargestellt werden....

Kapitel 10.1.1 VGU:

Kapitel 10 erweitert die sich aus den Planfeststellungsbeschlüssen und Plangenehmigungen ohnehin ergebenden Leistungspflichten des Auftragnehmers. Planfeststellungsbeschlüsse und Plangenehmigungen sind vollumfänglich umzusetzen, soweit dies in Kapitel 10 nicht ausdrücklich gegenteilig geregelt ist. In Kapitel 10.1 werden die grundsätzlich für alle Projektabschnitte geltenden Regelungen getroffen. Kapitel 10.2 wiederum stellt die Besonderheiten der Projektabschnitte dar. Soweit dort „Keine Besonderheiten“ angegeben wird, bedeutet dies, dass es bei den sich aus Kapitel 10.1 in Verbindung mit der sich aus den Planfeststellungsbeschlüssen und Plangenehmigungen ergebenden Regelungen verbleibt.

..

Durch die Ausführung dürfen keine Betroffenheiten über das in den Planfeststellungs- bzw. den zugehörigen Planänderungsbeschlüssen und Planergänzungsbeschlüssen festgelegte Maß hinaus ausgelöst werden....

Kapitel 10.2. Ziffer 7.5.2.13 VGU:

Verfügbarkeitsmodell [REDACTED]
Vergabeunterlagen Angebote [REDACTED]
Kapitel 10.2 [REDACTED]
Besondere Leistungsbeschreibung - Bau [REDACTED]

7.5.2.13. BW [REDACTED]

1. Allgemeine Daten

ASB-Nr.	All	[REDACTED]	
	Neu		
Bau-km	(Planfeststellung):		
	verb. Vorgabe		
Kreuzungswinkel	(Planfeststellung):		
	verb. Vorgabe:		
Felder in Brückenlängsrichtung	(Planfeststellung):		
	verb. Vorgabe:		
minimale Lichte Weite zwischen den Widerlagern L	(Planfeststellung):		
	verb. Vorgabe		
minimale Lichte Höhe	(Planfeststellung):	(2,00 m)	
	verb. Vorgabe	2,00 m	
Breite zwischen den Geländern	(Planfeststellung)	[REDACTED]	
	verb. Vorgabe:	[REDACTED]	

2. Statisches System/ Gestaltung

[REDACTED]

3. Sonstiges

[REDACTED]

Gemäß dem Planfeststellungsbeschluss der [REDACTED]

[REDACTED] findet sich A 3.6.22 folgende Auflage:

3.6.22 Die hydraulische Leistungsfähigkeit der Kreuzungsbauwerke ist spätestens mit Vorlage der Bauausführungspläne gegenüber dem [REDACTED] [REDACTED] nachzuweisen. Die Mindestdimensionierung ergibt sich aus den

Vorgaben, für die Ober- und Unterlieger keine Verschlechterung der Hochwasserlage und Abflusssituation zu erzeugen.

Gemäß dem Planfeststellungsbeschluss der Nr. vom xx.xx.xxx findet sich die planfestgestellte Unterlage x.x, Blatt Nr. x.

Nr.	Art der Änderung	Datum	Name

[REDACTED]		Unterlage	[REDACTED]
		Blatt Nr.	
		Datum	
Planfeststellung		bearbeitet	[REDACTED]
BAE [REDACTED]		gezeichnet	[REDACTED]
		geprüft	[REDACTED]
[REDACTED]		Lageplan	
[REDACTED]		[REDACTED]	
[REDACTED]		Maßstab 1 : 2.000	
Aufgestellt: [REDACTED]		Festgestellt nach § 17 FStrG gemäß Beschluss vom [REDACTED]	
[REDACTED]		[REDACTED]	
[REDACTED]		[REDACTED]	

Für das in den VGU bezeichnete Bauwerk findet sich in der o.g. planfestgestellten Unterlage x.x., Blatt Nr. x (Ausschnitt) folgende Vorgaben zur Lichten Höhe (L.H.) für das Bauwerk :



3.

Beide bevorzugte Bieter gaben fristgerecht ein Angebot ab.

Die Antragstellerin übernahm – entsprechend ihrem Wahlrecht - in ihrem Angebot die Referenzplanung der Vergabestelle bzgl. des Ingenieurbaus nur teilweise und legte u.a. bzgl. derbrücke Bauwerk eine Angebotsplanung vor. In ihrem technischen Erläuterungsbericht führte die Antragstellerin bzgl. ihrer Angebotsplanung zu Bauwerk aus:

„.... Die kleinste lichte Durchgangshöhe verringert sich damit von 2,0 m auf 1,8 m und entspricht der geforderten Mindesthöhe nach RiZ Bösch 2 für die Besichtigung unterhalb von Bauwerken. Durch die Vergrößerung der Stützweite bei nur geringfügiger Verdickung des Überbaus enthält das Bauwerk eine größere Durchlässigkeit für die unterführte Flutmulde. Die hydraulischen Durchgangswerte werden erheblich verbessert.“

Die Bauwerksansichten der Referenzplanung und der dargestellten Bauwerksoptimierung sind ähnlich. Die Ansicht des geänderten Bauwerksentwurfs wird jedoch großzügiger. Alle anderen VGU- Vorgaben wurden eingehalten....“

4.

Die Verringerung der lichten Höhe bei Bauwerk vom 2,0 m auf 1,8 m in der Angebotsplanung nahm die Vergabestelle u.a. zum Anlass, die Antragstellerin mit Schreiben vom 14.02.2019 vom Vergabeverfahren auszuschließen.

5.

Die Antragstellerin rügte den Ausschluss mit Schreiben vom 15.02.2019.

6.

Am 20.02.2019 wies die Vergabestelle die Rüge zurück.

7.

Mit Schriftsatz vom 26.02.2019 erhob die Antragstellerin eine „2.Rüge gemäß § 160 Abs. 3“ GWB. In diesem Schreiben widersprachen die Bevollmächtigten der Antragstellerin zunächst nochmals dem Ausschluss ihrer Mandantin und vertieften ihren Sachvortrag dazu. Unter Ziffer 8 des Schriftsatzes führten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin aus, „dass ihrer Mandantin zu Ohren gekommen sei“, dass der andere Bieter gegen Kapitel 5 Ziffer 2.16 (d) der Bewerbungsbedingungen, verstoßen haben soll. Der andere Bieter habe mit seinem endgültigen Angebot eine gegenüber dem Erstantebot unzulässige Erhöhung der Vergütung vorgenommen. Aus Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgründen könne ein solcher Verstoß gemäß Kapitel 5 Ziffer 2.16 (d) zum Angebotsausschluss dieses Bieters führen. Die Antragstellerin wäre, ebenso wie der Reservebieter, in ihren Rechten verletzt, wenn die unzulässige Angebotserhöhung dieses Bieters nicht zu seinem Ausschluss führen würde.

8.

Mit Schriftsatz vom 01.03.2019 erklärte die Vergabestelle gegenüber der Antragstellerin, dass sie zu der Behauptung, dass die Beigeladene die Preisbegrenzung nicht eingehalten habe, keine Stellungnahme abgeben werde.

9.

Mit Schriftsatz vom 07.03.2019 stellte die Antragstellerin durch ihre Verfahrensbevollmächtigten einen Antrag auf Durchführung eines Vergabenachprüfungsverfahrens und beantragte:

- 1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin von dem Vergabeverfahren „Verfügbarkeitsmodell“ zurückzunehmen und die Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten.*
- 2. Hilfsweise: dem Antragsgegner wird untersagt, auf Grundlage der unveränderten Vergabebedingungen einen Auftrag zu erteilen.*
- 3. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens*
- 4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war erforderlich.*

Ferner wurde Akteneinsicht gemäß § 165 GWB beantragt.

a) Zulässigkeit

Die Antragstellerin sei gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie ihr Interesse am Auftrag mit der Unterbreitung von zwei aufwändigen Angeboten belegt habe. Durch den vergaberechtswidrig erfolgten Angebotsausschluss drohe der Antragstellerin auch ein Schaden, da hierdurch ihre Chancen auf den Zuschlag gänzlich vereitelt werden.

Auch im Hinblick auf den Hilfsantrag sei die Antragstellerin antragsbefugt. Ihr drohe eine vergaberechtswidrige Verfahrensfortsetzung unter Beteiligung des zwingend auszuschließenden Angebots des zweiten bevorzugten Bieters ein Schaden, wenn auch ihr eigenes Angebot zwingend auszuschließen wäre. Beim rechtmäßigen Vorgehen des Antragsgegners müsste entweder beiden bevorzugten Bieter eine Chance auf Fehlerkorrektur gegeben werden oder aber das Vergabeverfahren wäre mangels zuschlagsfähiger Angebote aufzuheben mit der Folge, dass auch die Antragstellerin eine zweite Chance hätte.

b) Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet.

Die Verringerung der lichten Höhe in ihrer Angebotsplanung sei keine unzulässige Abweichung der VGU bei Bauwerk, die zum Ausschluss der Antragstellerin führen dürfe.

Wegen der Fehleranfälligkeit von Angeboten in extrem umfangreichen ÖPP-Vergabeverfahren habe der Antragsgegner in Abweichung von § 16 EU Nr. 2 in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A in den Bewerbungsbedingungen, Kapitel 5, Ziffer 1.4 VGU folgenden Hinweis aufgenommen

„...Angebote, die nicht den Anforderungen hinsichtlich Vollständigkeit und Übereinstimmung mit den Vorgaben der Bewerbungsbedingungen entsprechen, können ausgeschlossen werden...“

Daher setze ein Ausschluss eines Angebotes hier eine Ermessensentscheidung voraus. Die Vergabestelle stütze den Angebotsausschluss aber einzig auf den zwingenden Ausschlussgrund nach §§ 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A. Damit liege ein Ermessensausfall durch Nichtgebrauch vor, der die Antragstellerin in ihren Rechten verletze. Soweit die Vergabestelle vortrage, auch bei einer Ermessensentscheidung hätte die Entscheidung nicht anders ausfallen können, liege sie falsch.

Mitnichten habe die Antragstellerin durch ihre Angebotsplanung bei Bauwerk eine gegen die bestandskräftige Planfeststellung bzw. gegen Kapitel 10.2 verstoßende Bauwerkserstellung angeboten.

Eine Änderung der Vergabeunterlagen liege nur dann vor, wenn ein Bieter von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweichen würde und im Ergebnis eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbiete (OLG München, Beschluss vom 21.04.2017 - Verg 11/17). In § 13.1 des Projektvertrages verpflichte sich der Auftragnehmer, alle für den Bau, die Erhaltung und im Betrieb des Vertragsgegenstandes nach diesem Vertrag erforderlichen Planungsleistungen zu erbringen. Gemäß § 28.1 Projektvertrag verpflichte sich der Auftragnehmer zum Bau des Vertragsgegenstandes nach Maßgabe dieses Projektvertrages, insbesondere der Kapitel 9-10 der VGU, der zum Bestandteil dieses Projektvertrages gemachten zusätzlichen technischen Vertragsbedingungen und der vollziehbaren Planfeststellungsbeschlüsse und Plangenehmigungen sowie aller sonstigen, auch zukünftigen Genehmigungen und Gestaltungen.

An diesem Leistungsumfang gemäß Projektvertrag habe die Antragstellerin unstreitig keine Änderungen vorgenommen. Selbst wenn die Angebotsplanung der Antragstellerin bei Bauwerk von den Vorgaben der Planfeststellung abweichen würde, hätte dies keine Auswirkung auf die nach dem Projektvertrag geschuldete Planungs- und Bauleistung. Der Projektvertrag sehe nämlich in § 1 Projektvertrag vor, dass das Angebot des erfolgreichen Bieters nur dann Vertragsbestandteil werde, soweit es nicht im Widerspruch zu den vertraglich relevanten VGU stehe. Dadurch sei von vornherein ausgeschlossen, dass der Bieter durch eine den VGU nicht entsprechende Angebotsplanung eine andere als die geschuldete Leistung anbiete. Das Angebot sei ohne Verstoß gegen die Vergabe Grundsätze in zivilrechtlicher Hinsicht annehmbar.

Die Antragstellerin sei beim Bauwerk mit ihrer Angebotsplanung auch nicht vergaberechtswidrig von den Angebotsbedingungen abgewichen. In Kapitel 5 Ziffer 2.8 (a) Abs. 3 VGU habe die Vergabestelle bestimmt, dass die Planfeststellungsunterlagen zu beachten

seien. In den Vergabeunterlagen sei an keiner Stelle darauf hingewiesen worden, dass die Nichtbeachtung zum Ausschluss führe oder auch nur führen könne. Dies korrespondiere mit § 1.1.3 des Projektvertrages.

In Kapitel 5 2. Ziffer 8(b) VGU weise die Vergabestelle bezüglich der Referenzplanung darauf hin, dass detaillierte Planunterlagen zu den Ingenieurbauten in den Planfeststellungsunterlagen nicht enthalten seien und die unverbindliche Referenzplanung im Wesentlichen den Anforderungen der Entwurfsplanung Leistungsphase 3 gemäß § 43 HOAI entsprechen würde.

Für die nicht übernommenen Teile der Referenzplanung habe die Antragstellerin den Vorgaben entsprechend eine eigene Planung in dem Umfang und der Planungstiefe der Referenzplanung erstellt, die den Vorgaben der Vergabeunterlagen entspreche. Dazu habe sie die Abweichungen von der Referenzplanung in einem technischen Erläuterungsbericht und in der jeweiligen Planunterlage der Referenzplanung als maßgebliche, durchkonstruierte Roteintragung dargestellt.

Anders als die Vergabestelle darstellen möchte, habe die Antragstellerin mit dem Satz im technischen Erläuterungsbericht zu Bauwerk *„Alle anderen VGU-Vorgaben wurden eingehalten“* lediglich deutlich machen wollen, dass keine weiteren Änderungen vorgesehen seien, weil die Referenzplanung auch zu den Vergabeunterlagen gehöre. Damit habe die Antragstellerin keineswegs unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen durch die Änderung der Referenzplanung eingestanden.

Ein Ausschluss wegen angeblicher Abweichungen komme deshalb nicht in Betracht, weil die Vergabestelle an die von einem Bieter erstellte Angebotsplanung keine anderen Maßstäbe anlegen könne als an ihre eigene Referenzplanung. Im Formblatt RPI habe die Vergabestelle selbst eingeräumt, dass die Referenzplanung möglicherweise nicht alle Auflagen und Vorgaben aus den Planfeststellungsbeschlüssen sowie den Vergabeunterlagen berücksichtige.

Zum Umgang mit solchen Fehlern musste der Bieter im Formblatt RPI erklären, dass diese im Rahmen der Fortschreibung der Referenzplanung durch ihn eingearbeitet werden. Die Vergabestelle wollte also berechtigterweise sicherstellen, dass im Laufe der weiteren Planung eine Anpassung der Planung an die Planungsvorgaben erfolgen werde.

Nach Kapitel 10.1 Ziffer 7.3.2 VGU müsse der Auftragnehmer erst nach Auftragserteilung Entwurfsunterlagen in der Planungstiefe einer Genehmigungsplanung fertigen. Nachdem die Referenzplanung Fehler enthalten könne, sei ein Angebotsausschluss der Antragstellerin unzulässig, wenn in ihrer Angebotsplanung noch nicht alle Auflagen aus dem Planfeststellungsverfahren bzw. Vorgaben der Vergabeunterlagen berücksichtigt worden seien.

Aus den Vergabeunterlagen ergebe sich somit nicht - jedenfalls nicht mit der für einen Angebotsausschluss erforderlichen Eindeutigkeit - dass die Angebotsplanung anders als die Referenzplanung vollumfänglich bereits den Vorgaben der Vergabeunterlagen entsprechen und völlig fehlerfrei sein müsse. Allein die in Kapitel 10.2 Ziffer 7.5.2.13 VGU erfolgte Kennzeichnung der lichten Höhe des Bauwerks mit „*minimale lichte Höhe*“ und „*verb. Vorgabe 2,00m*“ besage nicht, dass eine Angebotsplanung, die von diesem Wert abweiche, zwingend auszuschließen sei. Zumindest seien die Vergabeunterlagen in diesem Punkt widersprüchlich und damit unklar. Der Bieter müsse klar erkennen können, was von ihm verlangt wird. Bezüglich des Erklärungswertes der Vergabeunterlagen müsse nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen entschieden werden. Kommen nach einer Auslegung mehrere Verständnismöglichkeiten in Betracht oder können Unklarheiten nicht aufgelöst werden, gehe dies zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2018 - VII-Verg 52/17).

Zudem könne der Referenzplanung zu Bauwerk entnommen werden, dass an der kritischen Stelle auch nur eine lichte Höhe von 1,91 m vorhanden sei. Die Qualität der Referenzplanung entspreche damit genau der Qualität der Angebotsplanung.

Zudem sei die Angebotsplanung Gegenstand der Wertung. In Kapitel 4 VGU habe die Vergabestelle festgelegt, dass ein schwerwiegender Widerspruch in der Planung mit 0 Punkten zu bewerten sei. Damit stehe fest, dass selbst wenn die Durchführbarkeit der Angebotsplanung beim Bauwerk nicht realisierbar sei, allenfalls eine Punkteabwertung möglich sei, aber nicht den Ausschluss des Angebotes zur Konsequenz haben dürfe. Die Angebotsplanung der Antragstellerin sehe auch keine lichte Höhe von maximal 1,80 m vor, sondern eine Spanne von 1,80-2,0 m, sodass die geforderte lichte Höhe von mindestens 2,0 m auch abgedeckt sei.

Die Antragstellerin weiche mit ihrer Angebotsplanung auch nicht von den Nebenbestimmungen des Planfeststellungsbeschlusses ab, da im jetzigen Stadium der Entwurfsplanung noch nicht von der Auflage in Ziffer 3.6.22 des Planfeststellungsbeschlusses abgewichen werden könne, weil in dieser Auflage des Planfeststellungsbeschlusses die Ausführungsplanung relevant sei.

Das Bauwerk befinde sich in einem zusammenhängenden Überschwemmungsgebiet und verknüpfe die darin befindlichen Retentionsflächen. Die Verbreiterung des Brückenquerschnittes habe deshalb positive Auswirkungen. Weder für die Ober- noch Unterlieger ergeben sich dadurch Verschlechterungen.

Die Vergabestelle wäre zudem nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A zur Aufklärung verpflichtet gewesen. Dabei hätte sich herausgestellt, dass die Antragstellerin ohne weiteres bereit und in der Lage gewesen wäre, eine kleinste lichte Höhe von 2,0 m zu gewährleisten. Dies

habe sie bereits im Grundrissplan entsprechend zum Ausdruck gebracht. Die Antragstellerin habe in ihrer Angebotsplanung (siehe Grundrissplan Antragstellerin zu Bauwerk) darauf hingewiesen, dass endgültige Abmessungen nach statischen, konstruktiven und wirtschaftlichen Erfordernissen zu einem späteren Zeitpunkt festgelegt würden. Somit habe sie nicht erklärt, die laut Vergabeunterlagen kleinste lichte Höhe von 2,00 m definitiv unterschreiten zu wollen.

Zudem müsse das endgültige Angebot der Beigeladenen wegen einer unzulässigen Erhöhung des Erstangebotes ausgeschlossen werden (siehe 2. Rüge erhoben mit Schriftsatz vom 26.02.2019).

10.

Am 29.03.2019 wurde die zu dem Verfahren beigelegt.

11.

Mit Schriftsatz vom 29.03.2019 beantragten die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle:

- 1. Der Vergabenachprüfungsantrag der Antragstellerinnen 1) und 2) vom 07.03.2019 wird (sowohl im Hinblick auf den Hauptantrag, als auch im Hinblick auf den hilfsweise gestellten Antrag) zurückgewiesen.*
- 2. Die Antragstellerinnen tragen (gesamtschuldnerisch) die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung des Antragsgegners entstandenen Aufwendungen.*
- 3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für erforderlich erklärt.*

Die Antragstellerin sei u.a. zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, weil sie von den zwingenden Vorgaben der Vergabeunterlagen abgewichen sei. In Kapitel 10.2 VGU habe die Vergabestelle unter Ziffer 7.5.2.13 für das Bauwerk vorgegeben, dass die minimale lichte Höhe mindestens 2,0 m betragen müsse. Soweit ein Bieter Teile der Referenzplanung nicht übernehmen wollte, habe er für sein endgültiges Angebot eine eigene Planung, die den Vorgaben der Vergabeunterlagen entspricht, erstellen und mit dem Angebot einreichen müssen. Dabei mussten Abweichungen von der Referenzplanung sowohl planerisch als auch im Technischen Erläuterungsbericht detailliert dargestellt werden. Aus dem Technischen Erläuterungsbericht der Antragstellerin zu Bauwerk gehe hervor, dass sich die „kleinste lichte Durchgangshöhe“ von 2,0 m auf 1,8 m verringern soll. Die Antragstellerin führe im technischen Erläuterungsbericht weiter aus, dass sich durch

die Dimensionierung des Bauwerks, d. h. durch Vergrößerung der Stützweite eine größere Durchlässigkeit für die Flutmulde ergäbe, wodurch sich die hydraulischen Durchgangswerte erheblich verbessern würden.

Damit weiche das Angebot der Antragstellerin in Bezug auf das Bauwerk in mehrfacher Hinsicht von verbindlichen Vorgaben der Vergabeunterlagen ab. Nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A seien Angebote auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen. Nach Satz 2 der genannten Vorschrift seien Änderungen an den Vergabeunterlagen durch den Bieter unzulässig. Änderungen an den Vergabeunterlagen nehme ein Bieter auch dann vor, wenn er sich mit seinem Angebot zu den Anforderungen der Vergabeunterlagen in Widerspruch setzt. Der Auftraggeber sei berechtigt und verpflichtet, dezidierte Vorgaben und Anforderungen für das Angebot der Bieter aufzustellen, welche von den Bietern zu beachten seien. Der Sinn dieser Vorschrift bestehe darin, vergleichbare Angebote zu erzielen. Nur so könne sichergestellt werden, dass ein fairer Wettbewerb unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz stattfinde. Die Antragstellerin habe die vorgegebene minimale lichte Höhe von 2,0 m nicht eingehalten. Der Ausschluss nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A sei aus der Gleichbehandlung zwingend, denn nur so sei ein Wettbewerb gewährleistet.

Die Argumentation der Antragstellerin, dass wegen der Bestimmungen des Projektvertrages gewährleistet sei, dass der Bieter eine den Vergabeunterlagen entsprechende Planung abliefern müsse und deshalb die minimale Änderung an den Vergabeunterlagen irrelevant sei, sei irreführend. Vorliegend sei nicht die Vertragsabwicklung relevant, sondern der Umstand, dass die Vergabestelle taugliche Angebote erhalte. Zu diesem Zweck habe die Vergabestelle in den Vergabeunterlagen Regeln aufgestellt und Anforderungen definiert, welche die Bieter einhalten müssen. Der Projektvertrag entfalte nur Wirkung, wenn der Zuschlag in Kraft getreten sei. Mit einem geordneten Vergabeverfahren werde das Ziel verfolgt, vergleichbare Angebote zu erhalten. § 1 Projektvertrag könne nicht entnommen werden, dass das Angebot eines Bieters Abweichungen zu den Vergabeunterlagen aufweisen dürfe.

Der Sachvortrag der Antragstellerin, dass sie nicht von den Angebotsbedingungen abgewichen sei, erstaune. In ihrem technischen Erläuterungsbericht beschreibe die Antragstellerin ausdrücklich, dass sie von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweiche.

In Kapitel 5 Ziffer 2.8 lit. (c) VGU habe der Bieter für die Teile der Referenzplanung, die er nicht übernehmen möchte, eine eigene Planung in dem Umfang und der Tiefe der Referenzplanung zu erstellen, die den Vorgaben der Vergabeunterlagen entspreche. Dazu würden auch die Festsetzungen der Kapitel 10.1, 10.2 VGU gehören.

Zum Ausschluss der Beigeladenen erklärte die Vergabestelle, dass in der Sache noch keine Entscheidung durch die Vergabestelle getroffen worden sei.

12.

Die Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen beantragten mit Telefax vom 17.04.2019:

- 1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 1 zurückzuweisen.*
- 2. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 2 zu verwerfen.*

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 2) sei bereits unzulässig, weil die Ausschlussentscheidung der Vergabestelle ausschließlich an die Antragstellerin zu 1) gerichtet gewesen sei und eine Rüge hiergegen auch nur von dieser erhoben worden sei.

Zudem habe die Antragstellerin unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen, indem sie im Projektabschnitt 7 nicht alle verbindlichen Vorgaben der Vergabestelle eingehalten habe. Unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A würden immer dann vorliegen, wenn Unternehmen von den Vergabeunterlagen abweichen, also eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbieten würden. Dabei genüge bereits die formale Abweichung für einen Ausschluss des Angebots. Auf die Wettbewerbsrelevanz, Wesentlichkeit oder Geringfügigkeit der Abweichung komme es nicht an (OLG München, Beschluss vom 21.04.2017, Verg 1/17).

Die Vergabestelle habe in Kapitel 10.2 Ziffer 7.5.2.13 vorgegeben, dass die lichte Höhe mindestens 2,00 m betragen müsse. Zudem habe die Vergabestelle in Kapitel 5 Ziffer 2.8 (a) VGU festgelegt, dass die Planungsparameter in der besonderen Leistungsbeschreibung Bau (Kapitel 10.2 VGU) zu beachten seien. In ihrem Erläuterungsbericht räume die Antragstellerin selbst ein, dass sie von dieser Vorgabe abgewichen sei und lediglich eine lichte Höhe von 1,80 m bei diesem Bauwerk vorgesehen habe. Derartige verbindliche Vorgaben seien erforderlich, die Planung der Bieter dürfe dem jeweils einschlägigen Planfeststellungsbeschluss nicht widersprechen. Die Antragstellerin habe keine planfeststellungskonforme Lösung angeboten.

13.

Am 18.04.2019 gewährte die Vergabekammer der Antragstellerin unter Beachtung des Geheimschutzes Akteneinsicht. Dabei wurde offengelegt, dass die Beigeladene die Preisobergrenze gemäß Kapitel 5 Ziffer 2.16 (d) von xx.xxx.xxx € nicht eingehalten hat.

14.

Mit Schriftsatz vom 08.04.2019 betonen und vertiefen die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin, dass im Hinblick auf das Bauwerk ein Ausschluss der Antragstellerin rechtswidrig sei. Es könne den Vergabeunterlagen mit der für einen Angebotsausschluss notwendigen Deutlichkeit nicht entnommen werden, dass eine solche Angebotsplanung zwingend zum Angebotsausschluss führen würde. Auch in der Vergangenheit hätten fehlerhafte Angebotsplanungen bei einem ÖPP-Projekt nicht zu einem Angebotsausschluss, sondern nur zu einem Punktabzug bei der Wertung geführt (OLG München, Beschluss vom 07.04.2011 - Verg 5/11). Die Vergabestelle habe lediglich eine Angebotsplanung in der Qualität der Referenzplanung gefordert. Bezüglich seiner eigenen Referenzplanung habe die Vergabestelle darauf hingewiesen, dass möglicherweise nicht alle Auflagen aus dem Planfeststellungsverfahren sowie in den VGU genannten verbindlichen Vorgaben berücksichtigt seien. Diese Anforderungen sollten vom Auftragnehmer nach Auftragserteilung im Rahmen der Fortschreibung der Planung eingearbeitet werden.

Zudem tragen die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin umfangreich vor, dass auch in der Referenzplanung die lichte Höhe von 2 m bei Bauwerk nicht eingehalten sei. Darüber hinaus müsse berücksichtigt werden, das Bauwerk einen Flutgraben überquere und somit lediglich ein Verbindungsbauwerk zwischen den nördlich und südlich gelegenen Retentionsräumen der und der sei. Weiter trägt die Antragstellerin umfangreich vor, dass sich die vorgesehene Verbreiterung positiv auf die Planungsziele der Planfeststellung auswirken würde.

Dadurch, dass die Vergabestelle eine Angebotsplanung zulasse, setze sie selbst die Ursache, dass die Angebotsplanung gewisse Unterschiede zur Referenzplanung aufweisen könne, die aber die Vergleichbarkeit der Angebote nicht beeinträchtigen würde. Daher seien auch alle Angebote hinreichend miteinander vergleichbar und könnten bewertet werden. Vielmehr seien die Unterschiede bei der Bewertung zu berücksichtigen, ein Angebotsausschluss sei unzulässig.

15.

Mit Schreiben vom 23.04.2019 gab die Vergabekammer den Beteiligten folgenden Hinweis:

..im Vergabevermerk Teil 6, Abschnitt B, unter Ziffer 3.2.1 hat die Vergabestelle festgestellt, dass die in Kapitel 5, Ziffer 2.17 (d) vorgegebene Preisobergrenze [Anmerkung Vergabekammer: muss wohl richtig lauten Kapitel 5, Ziffer 2.16 (d)] von der Beigeladenen nicht eingehalten worden sei.

Die Vergabekammer gibt den Hinweis, dass dieser Umstand möglicherweise entscheidungserheblich im verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsverfahren sein kann, obwohl die Vergabestelle laut Vergabevermerk sich noch nicht abschließend mit diesem Sachverhalt auseinandergesetzt hat.

*Den Beteiligten, insbesondere der Vergabestelle und der Beigeladenen, wird die Möglichkeit eingeräumt, sich **bis zum 30.04.2019, 16:30 Uhr**, dazu zu äußern...*

16.

Mit Schriftsatz vom 29.04.2019 begründet die Beigeladene den Grund der Überschreitung der Kostenobergrenze von xx.xxx.xxx €. Die Tatsache, dass die Beigeladene die Obergrenze der nominalen Vergütung überschritten habe, eröffne erst den Ermessensspielraum der Vergabestelle. Die Vergabeunterlagen würden gerade einen zwingenden Ausschlussgrund diesbezüglich nicht enthalten. Die Antragstellerin sei diesbezüglich auch nicht in ihren Rechten verletzt, denn der von ihr angebotene Preis liege offensichtlich höher als der Preis der Beigeladenen.

17.

Mit Schreiben vom 02.05.2019 informierte die Vergabestelle die Beigeladene, dass ihr Angebot wegen Überschreitung der Preisobergrenze ausgeschlossen worden sei.

18.

Mit Schreiben vom 02.05.2019 beantragte die Beigeladene ergänzend:

3. den Antragsgegner zu verpflichten, den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zurückzunehmen und

4. hilfsweise für den Fall, dass 2.16 (d) der Bewerbungsbedingungen einen zwingenden Angebotsausschluss regeln sollte, festzustellen, dass die dort zugelassene Erhöhung der nominalen Vergütung von maximal xx.xxx.xxx € vergaberechtswidrig ist und dem Antragsgegner aufzugeben, auf diese Obergrenze zu verzichten.

19.

In der mündlichen Verhandlung am 06.05.2019 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Der Vorsitzende der Vergabekammer wies darauf hin, dass sich der Hilfsantrag der Antragstellerin aufgrund der Entscheidung der Vergabestelle, die Beigeladene auszuschließen, erledigt habe. Im Nachprüfungsverfahren, das die Antragstellerin angestrengt habe, könnten nur Rechtsverletzungen der Antragstellerin festgestellt werden. Soweit die Beigeladene mit Schriftsatz vom 02.05.2019 nun durch weitere Anträge

die Rücknahme ihres Ausschlusses begehre bzw. die Feststellung beantrage, dass die Erhöhung der nominalen Vergütung um maximal xx.xxx.xxx € vergaberechtswidrig sei, müsse die Beigeladene einen eigenen Nachprüfungsantrag stellen, falls sie gegen ihren Ausschluss weiter vorgehen möchte.

Den Beteiligten wurde eine Schriftsatzfrist bis zum 14.05.2019 gewährt und ihnen ermöglicht, ihre bisherigen Anträge an die neue Sach- und Rechtslage anzupassen.

20.

Der Vorsitzende der Vergabekammer hat zuletzt am 08.05.2019 die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 S. 1 GWB bis 11.06.2019 verlängert.

21.

Mit Schriftsatz vom 14.05.2019 beantragte die Antragstellerin:

- 1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin von dem Vergabeverfahren „Verfügbarkeitsmodell“ zurückzunehmen und die Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten.*
- 2. Wegen des zwischenzeitlich erfolgten Ausschlusses des Angebots der Beigeladenen wird das Verfahren zu diesem Komplex für erledigt erklärt.*
- 3. Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.*
- 4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war erforderlich.*

22.

Mit Schriftsatz vom 14.05.2019 bat die Beigeladene - entsprechend den von der Vergabekammer erteilten Hinweisen –

die gestellten Anträge zu 3 und zu 4 aus dem Schriftsatz vom 02.05.2019 vom vorliegenden Verfahren abzutrennen und als selbstständigen Nachprüfungsantrag der Beigeladenen zu behandeln.

Ein Nachprüfungsantrag vom 14.05.2019 wurde als Anlage xxxxx dem Schriftsatz vom 14.05.2019 beigefügt.

23.

Mit Schriftsatz vom 14.05.2019 beantragte die Vergabestelle zu den Anträgen der Antragstellerin:

Der Antrag Nr. 1 aus dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 07.03.2019 wird zurückgewiesen.

Es wird festgestellt, dass sich der Antrag Nummer 2 aus dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 07.03.2019 erledigt hat.

Es wird weiter beantragt, der Antragstellerin bezüglich der Anträge Nr. 1 und 2 aus dem Schriftsatz vom 07.03.2019 die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners aufzuerlegen.

Zu den Anträgen der Beigeladenen beantragte die Vergabestelle:

Für den Fall, dass sich der Schriftsatz der Beigeladenen vom 02.05.2019 als eigener Nachprüfungsantrag darstellt, wird beantragt:

Die Anträge Nr. 3 und Nr. 4 aus dem Schriftsatz der Beigeladenen werden als unzulässig, hilfsweise als unbegründet zurückgewiesen bzw. zu verwerfen.

Soweit der Schriftsatz vom 02.05.2019 kein eigenes Vergabenachprüfungsverfahren eingeleitet hat, wird ebenfalls beantragt:

Die Anträge Nummer 3 und 4 aus dem Schriftsatz der Beigeladenen vom 02.05.2019 werden mangels Rechtsschutzbedürfnis der Beigeladenen im vorliegenden Verfahren als unzulässig verworfen, hilfsweise als unbegründet zurückgewiesen.

Zugleich wird auch insoweit (und zwar für beide unterschiedliche Alternativbetrachtungen) beantragt, der Beigeladenen bezüglich der Anträge Nummer 3 und 4 aus dem Schriftsatz vom 02.05.2019 die Kosten des Verfahrens und ihrer Anträge einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners aufzuerlegen.

Ebenfalls wird auch insoweit (für beide Alternativen) beantragt, die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch den Antragsgegner für erforderlich zu erklären.

24.

Mit Schriftsatz vom 20.05.2019 teilte die Vergabestelle der Vergabekammer mit, dass sie das Vergabeverfahren am 17.05.2019 in den Stand vor Aufforderung zur Abgabe des endgültigen Angebotes zurückversetzt habe.

25.

Mit Schriftsatz vom 27.05.2019 beantragte die Antragstellerin, dass ihr bisheriger Hauptantrag zu 1. als Antrag zu 1.a) gekennzeichnet wird und als Ergänzung ein Antrag zu 1.b)

in das Nachprüfungsverfahren eingebracht wird. Im Übrigen sollen die gestellten Anträge unverändert bleiben. Die Antragstellerin beantragt somit zuletzt:

1a). *Der Antragsgegner wird verpflichtet, den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin von dem Vergabeverfahren „Verfügbarkeitsmodell“ zurückzunehmen und die Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten.*

1.b) *Der Antragsgegner wird verpflichtet, die am 17.05.2019 erklärte Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Aufforderung zur Abgabe der endgültigen Angebote zurückzunehmen, soweit die Zurückversetzung darauf gestützt wird, dass das Angebot der Antragstellerin für nicht zuschlagsfähig gehalten wird.*

2. *Wegen des zwischenzeitlich erfolgten Ausschlusses des Angebots der Beigeladenen wird das Verfahren zu diesem Komplex für erledigt erklärt.*

3. *Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.*

4. *Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war erforderlich.*

26.

Mit Schriftsatz vom 03.06.2019 beantragt die Vergabestelle den von der Antragstellerin am 27.05.2019 neu gestellten Antrag Nr. 1b als unzulässig, hilfsweise als unbegründet, zurückzuweisen. Dies wird auch hilfsweise für den Fall beantragt, dass die Vergabekammer von einer zulässigen Antragsänderung ausgeht.

Zudem beantragt die Vergabestelle die Anträge aus dem Vergabenachprüfungsverfahren mit dem Aktenzeichen RMF-SG21-3194-4-14 wegen der aufgrund des Entfalls des Rechtsschutzbedürfnisses nach der Zurückversetzung vom 17.05.2019 eingetretenen Unzulässigkeit zu verwerfen, hilfsweise aufgrund der im bisherigen Verfahren vorgebrachten Gesichtspunkte als unbegründet zurückzuweisen.

27.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere auf die umfangreichen Schriftsätze der Beteiligten, Bezug genommen.

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. Nach § 159 Abs. 2 Satz 1 GWB ist die Vergabekammer des jeweiligen Bundeslandes zuständig, wenn – wie hier - das Vergabeverfahren von einem Land im Rahmen der Auftragsverwaltung für den Bund durchgeführt wird.
- b) Die Vergabestelle 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 S. 1 Nr. 1 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, §§ 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB.
- e) Die Antragstellerin ist antragsbefugt, denn sie hat ihr Interesse an dem öffentlichen Auftrag mit der Abgabe eines endgültigen Angebotes nachgewiesen und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht.
Auch im Hinblick auf den Hilfsantrag ist die Antragstellerin antragsbefugt. Ihr drohte durch die Verfahrensfortsetzung unter Beteiligung des nach ihrer Ansicht zwingend auszuschließenden Angebots der Beigeladenen ein Schaden, den sie (zunächst) in dieses Nachprüfungsverfahren einführen durfte, nachdem die Vergabestelle bis zum 02.05.2019 die Entscheidung, wie sie mit der Überschreitung der Kostenobergrenze umgeht, offen gelassen hat. Erst mit dem von der Vergabestelle verfügten Ausschluss der Beigeladene am 02.05.2019 hat sich der Hilfsantrag der Antragstellerin erledigt.
- f) Die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen (§160 Abs. 3 Nr. 1 GWB). Auf das Schreiben der Vergabestelle vom 14.02.2019 hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 15.02.2019 ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren gerügt.
- g) Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 07.03.2019 war auch die 15-Tages-Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die einem

Antragsteller nach der Rügezurückweisung vom 20.02.2019 zur Verfügung steht.

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

2.

- a)** Die Antragstellerin wird durch ihren Ausschluss und durch die Zurückversetzung der Ausschreibung nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Der Ausschluss der Antragstellerin erfolgte zu Recht. Die Hauptanträge zu 1a) und zu 1b) waren daher abzulehnen.

Regeln über die Zurückversetzung des Verfahrens durch den Auftraggeber finden sich weder im GWB noch in sonstigen einschlägigen Vergabeverordnungen. Unstreitig - wenn auch gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt - kann bei einer Vergabe im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts die Vergabekammer oder der Vergabesenat im Falle der Feststellung eines Vergabefehlers das Verfahren - ggf. unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer - in den Zeitpunkt vor der Vergaberechtsverletzung zurückversetzen (vgl. etwa Damaske in: Müller-Wrede, GWB, § 178 Rn. 32). (OLG Frankfurt, Urteil vom 21. März 2017 – 11 U 10/17 –, Rn. 28, juris)

Die Zurückversetzung eines Vergabeverfahrens stellt sich unter dem im Vergaberecht allgemein zu beachtenden Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit - normiert nunmehr in § 97 Abs. 1 GWB - als geringerer Eingriff in die Bieterrechte dar als eine Aufhebung. Demnach beinhaltet die dem Auftraggeber zukommende Befugnis zur Aufhebung eines Vergabeverfahrens auch die Befugnis, von dem milderem Mittel der Zurückversetzung eines Vergabeverfahrens Gebrauch zu machen. Die Zurückversetzung eines Verfahrens ist damit ihrem Wesen nach einer Teilaufhebung des Verfahrens vergleichbar (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.1.2015 - VII-Verg 29/14; Portz in: Kulartz ebenda § 17 Rn. 16) (OLG Frankfurt, Urteil vom 21. März 2017 – 11 U 10/17 –, Rn. 29, juris).

Allerdings hat die Vergabestelle deshalb eine Zurückversetzung verfügt, weil nach deren Auffassung beide bevorzugten Bieter kein wertbares Angebot abgegeben haben. Aus diesem Grund hat sich der Antrag der Antragstellerin durch

die Zurückversetzung nicht erledigt, denn die Antragstellerin begehrt die Rücknahme ihres Ausschlusses. Falls der Ausschluss der Antragstellerin nicht rechtmäßig gewesen wäre, hätte auch die Zurückversetzung, die ihre Grundlage darin hat, dass kein wertbares Angebot abgegeben wurde, von der Vergabestelle nochmals überprüft werden müssen.

Wollte man die Ansicht der Vergabestelle teilen, eine Zurückversetzung sei „per se“ als milderer Mittel zum Ausschluss möglich, und sie habe dann auch zwingend den Entfall des Rechtsschutzinteresses des zuvor ausgeschlossenen Bieters zur Folge, dann hätte die Vergabestelle hiermit ein Mittel zur Hand, nunmehr rechtsschutzlos einen vorangehend ausgeschlossenen Bieter zwar weiter im Wettbewerb zu belassen, jedoch rückversetzt auf einen ausschließlich von der Vergabestelle bestimmten Zeitpunkt (und die zu diesem Zeitpunkt herrschenden Wettbewerbsverhältnisse.) Dem Rechtsschutzinteresse des Bieters an der Beseitigung einer von ihm konkret angegriffenen Maßnahme trüge dies nicht zuverlässig Rechnung. Zudem würde es ihn in Konstellationen benachteiligen, in denen möglicherweise sein Angebot als Ergebnis einer Vergabenaachprüfung Bestand hätte, jedoch das seines Wettbewerbers ausgeschlossen werden müsste: er würde dann künstlich in eine „verbreiterte“ Wettbewerbssituation gezwungen, die so nicht dem Ergebnis eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens entspräche.

Nach Ansicht der Vergabekammer tragen die Anträge 1a) und 1b) der Antragsteller durchaus ihre logische Rechtfertigung und auch vergaberechtliche Zulässigkeit in sich: die vom Antragsgegner de facto aus Gründen fehlender wertungsfähiger Angebote erklärte Zurückversetzung könnte dann die Antragstellerin in ihren Rechten verletzen, falls ihr Angebot (möglicherweise sogar als einziges) im vorherigen Wettbewerbsstadium verbleiben müsste, weil es zu Unrecht ausgeschlossen wurde. Umgekehrt könnte die Antragstellerin dann die Zurückversetzung nicht erfolgreich angreifen, falls ihr Angebot rechtmäßig ausgeschlossen wäre, da sie dann durch eine Zurückversetzung tatsächlich nicht in ihren Rechten verletzt sein könnte.

Die Antragstellerin hat ihren Antrag 1b), den sie am 27.05.2019 ergänzend in das Nachprüfungsverfahren eingeführt hat, darauf beschränkt, dass die von der Vergabestelle am 17.05.2019 erklärte Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Aufforderung zur Abgabe der endgültigen Angebote zurückzunehmen

sei, soweit (Hervorhebung durch die Vergabekammer) die Zurückversetzung darauf gestützt wird, dass das Angebot der Antragstellerin für nicht zuschlagsfähig gehalten wird. Somit hat die Antragstellerin nach Auffassung der Vergabekammer keinen neuen Streitgegenstand in das Verfahren eingeführt.

Im Ergebnis muss der Antrag 1b) als inhaltliche Klarstellung angesehen werden, der nicht losgelöst vom Antrag 1a) der Antragstellerin gesehen werden kann, denn die Antragstellerin fordert lediglich die Zurückversetzung zurückzunehmen, soweit das Angebot der Antragstellerin nicht für zuschlagsfähig gehalten wird.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist aber im Hinblick auf den Antrag der Antragstellerin, ihr Angebot in der Wertung zu belassen (Hauptantrag zu 1.a), unbegründet. Der Ausschluss der ASt vom Vergabefahren ist zu Recht erfolgt. Demzufolge wird die Antragstellerin auch durch die Zurückversetzung nicht in ihren Rechten verletzt (Hauptantrag zu 1.b).

Der Ausschluss der Antragstellerin gem. § 16 EU Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Nr. 5 VOB/A ist zu Recht erfolgt, weil sie mit Ihrer Angebotsplanung in Bezug auf das Bauwerk von den zwingenden Vorgaben der VGU abgewichen ist. Insbesondere ist die Antragstellerin von den verbindlichen Vorgaben in Kapitel 10.2, Ziff. 7.5.2.13 VGU mit ihrer Angebotsplanung abgewichen.

Die Vergabekammer verkennt nicht, dass die Vergabe eines Bauauftrages im Rahmen eines ÖPP-Projektes nicht völlig vergleichbar ist mit einem „normalen“ Bauauftrag, der ein in seiner Gesamtheit absolut verbindliches Leistungsverzeichnis enthält. Die Bieter haben bei der Ausschreibung eines Verfügbarkeitsmodelles die Möglichkeit, abweichend von der Referenzplanung im Rahmen der Angebotsplanung Einfluss auf die Funktionalität des Bauwerkes zu nehmen. Die Ausschreibung beinhaltet daher Elemente einer funktionalen Leistungsbeschreibung. Dennoch hat die Vergabestelle eindeutig in den VGU darauf hingewiesen, dass Planfeststellungsbeschlüsse und Plangenehmigungen vollumfänglich umzusetzen sind (Kap. 10.1.1 VGU) und die in der Besonderen Leistungsbeschreibung Bau (Kap. 10.2 VGU Angebote) genannten Planungsparameter für Ingenieurbauwerke (Brücken und Lärmschutzanlagen) zu beachten sind.

Die festgestellte Abweichung des Angebots von den Ausschreibungsvorgaben geht aus Sicht der Vergabekammer unzweifelhaft aus dem eigenen „Technischen Erläuterungsbericht“ der Antragstellerin vom 21.12.2018 zu ihrem Angebot hervor, wo

es zum betroffenen Bauwerk heißt: *„Die kleinste lichte Durchgangshöhe verringert sich damit von 2,0m auf 1,8m ...“*. Auch wenn die Antragstellerin nunmehr unter Berufung auf Planinhalte und Messergebnisse versucht, die von ihr selbst im Angebot zugestandene Abänderung in Abrede zu stellen, betrachtet die Vergabekammer eine inhaltliche Abweichung hier als evident.

Hiervon abweichend war die Vorgabe der Vergabeunterlagen in Kapitel 10.2 – Besondere Leistungsbeschreibung Bau, Ziff. 7.5.2.13 „BW ...,“.

Die Vorgabe zur Lichten Höhe lautet dort wörtlich,

minimale Lichte Höhe	(Planfeststellung):	(2,00 m)
	verb. Vorgabe:	2,00 m

wobei für die Vergabekammer die einzig sinnvolle und damit für jeden versierten Bieter zwingende Auslegung der Abkürzung „verb.“ als „verbindlich“ außer Frage steht, ebenso wie die Angabe „L.H. > 2,00m“ in den korrespondierenden Unterlagen des Planfeststellungsbeschlusses.

In Kapitel 10.1 - Allgemeine Leistungsbeschreibung Bau ist unter Ziffer 1.1 bereits vorgegeben: *„Planfeststellungsbeschlüsse ... sind vollumfänglich umzusetzen, soweit dies in Kapitel 10 nicht ausdrücklich gegenteilig geregelt ist. ... Die Vorgaben der Planfeststellungen ... sind maßgebend für die Ausführung der Bauleistung, sofern in den Leistungsbeschreibungen nicht auf Änderungen bzw. Ergänzungen hierzu hingewiesen ist.“*

Zwar beruft sich die Antragstellerin auf die Formulierung der Antragsgegnerin in Kapitel 5 – Bewerbungsbedingungen, wo es unter Ziff. 1.4 heißt *„Angebote, die nicht den Anforderungen hinsichtlich Vollständigkeit und Übereinstimmung mit den Vorgaben der Bewerbungsbedingungen entsprechen, können ausgeschlossen werden.“* (Unterstreichung durch die VK)

Die Antragstellerin argumentiert unter Berufung auf den vorgenannten Passus, ein Ausschluss könne deshalb – selbst im Falle einer festzustellenden Abweichung des Angebots von zwingenden Ausschreibungsvorgaben – nur nach pflichtgemäßer Ermessensausübung der Antragsgegnerin erfolgen, und insbesondere im Hinblick auf

die Marginalität der geltend gemachten Abweichung (relativ zum Gesamtangebotsumfang betrachtet) sei ein Ausschluss hier in jedem Fall unverhältnismäßig und unrechtmäßig. Auch seien „verbindliche Vorgaben“ im Rahmen einer typischerweise funktional orientierten ÖPP-Ausschreibung generell anders zu betrachten als bei „konventionellen“ Ausschreibungen auf LV-Basis.

Dem folgt die Vergabekammer jedoch nicht.

Zum einen sieht die Vergabekammer – ungeachtet der Formulierung „können“ in Ziff. 1.4 des Kapitels 5 der Ausschreibung – für die Antragsgegnerin keine Disponibilität hinsichtlich der Vorschriften §§ 16 Nr. 2 i.V.m. 13 Abs. 1 Nr. 5 EU VOB/A zum zwingenden Ausschluss von Bieterangeboten, welche von verbindlichen Ausschreibungsvorgaben abweichen. Ein Ermessen konnte der Antragsgegnerin aufgrund ihrer zum entscheidungserheblichen Sachverhalt klar und zwingend formulierten Angebotsanforderung nicht zustehen.

Zwar mag der Antragstellerin faktisch zuzugeben sein, dass die Abweichung einer Flutbrücke um 0,2 m in Anbetracht der zu vergebenden Gesamtleistung marginal erscheint. Es kann jedoch, nach ständiger vergaberechtlicher Entscheidungspraxis, auf die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit einer Abweichung von zwingenden Ausschreibungsvorgaben bei der Ausschlussentscheidung nicht ankommen. Wollte man solche Erheblichkeitserwägungen zulassen, wäre der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht gewährleistet und es wären willfährige Vergabeentscheidungen möglich.

Auch erscheint die Argumentation der Vergabestelle, die planerische Festsetzung einer Mindesthöhe von 2,0 m in ihren verbindlichen Ausschreibungsvorgaben wie auch in den Planfeststellungsunterlagen sei bedingt durch Notwendigkeiten eines komplexen Geflechts von Zu- und Abflussmöglichkeiten im Rahmen eines möglichen Überschwemmungsgebietes, keineswegs willkürlich.

Schließlich forderte der Planfeststellungsbeschluss vom xx.xx.x der xxxxx unter A.3.6.22 zu dieser Problematik *„Die Mindestdimensionierung ergibt sich aus den Vorgaben, für die Ober- und Unterlieger keine Verschlechterung der Hochwasserlage und Abflusssituation zu erzeugen.“*

Zudem muss berücksichtigt werden, dass die planfestgestellte Unterlage 7.1, Blatt Nr. 6 für das Bauwerk festlegte, dass die lichte Höhe „> 2 m“ sein muss.

Eine Ausnahme von dem vergaberechtlichen Grundsatz, wonach die Definition des Beschaffungsgegenstands grundsätzlich der Vergabestelle obliegt, ist somit nicht gegeben. Die Antragstellerin durfte nicht davon ausgehen, dass die Vorgabe der Lichten Höhe der Flutbrücke BW ungefragt zu ihrer Disposition steht. Dies erscheint der Vergabekammer auch als entscheidender Unterschied zur von der Antragstellerin eingeführten Entscheidung OLG München Verg 05/11, in der es um dem Bieterkreis freigestellte Abweichungen von der Referenzplanung, jeweils im Rahmen der geltenden technischen Regelwerke, ging. Im hier zu entscheidenden Sachverhalt liegt der Fall jedoch insofern anders, als explizit verbindliche Vorgaben der Vergabeunterlagen in Rede stehen.

Die VOB/A 2. Teil ist auch hier der Rechtsrahmen für ein Vergabeverfahren mit teilfunktionaler Leistungsbeschreibung. Die Auffassung der Antragstellerin, dass unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen nicht zum zwingenden Ausschluss eines Bieters gem. § 16 EU Nr. 2 führen würden, sondern nur bei der Wertung zu berücksichtigen seien, teilt die Vergabekammer nicht. Es ist aus Sicht der Vergabekammer abwegig anzunehmen, dass ein Ignorieren bindender Ausschreibungsvorgaben entgegen § 16 EU Nr. 2 VOB/A allenfalls mit 0 Wertungspunkten statt einem Angebotsausschluss sanktioniert werden dürfe, falls (wie in Kapitel 4 der Vergabeunterlagen) im Wertungsstadium die Planung eines Bieters hinsichtlich „qualitativer Umsetzung der Vergabeunterlagen“ und „Widerspruchsfreiheit“ mit 0 bis 3 Punkten bewertet werden konnte. Zwingende Ausschlussgründe auf der ersten Wertungsstufe führen dazu, dass ein Bieter die letzte Wertungsstufe, wo sein Angebot anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien bewertet wird, gar nicht erreicht.

Auch eine Aufklärung gem. § 15 EU VOB/A durch die Vergabestelle war nicht veranlasst. Die Erklärung der Antragstellerin in ihrem Technischen Erläuterungsbericht ist im Hinblick auf das Bauwerk eindeutig und bedarf keiner Aufklärung.

Die Vergabekammer sieht die Vergabestelle nicht daran gehindert, im Bereich von funktional oder teilfunktional gestalteten ÖPP-Ausschreibungen mit immanentem planerischen Spielraum der Bieter ebenso verbindliche Vorgaben in den Vergabeunterlagen vorzusehen wie bei „konventionellen“ LV-Ausschreibungen. Die Verbindlichkeit solcher Vorgaben muss nur aus den VGU klar genug hervorgehen, was im konkreten Fall – systematisch wie auch in der soweit eindeutigen Formulierung „*verb. Vorgabe*“ - der Fall ist. Wo der Bieter unter Missachtung solcher verbindli-

chen Vorgaben der Vergabestelle in seinem Angebot eine abgeänderte (Teil-)Leistung anbietet, verlässt er auch im Bereich funktionaler ÖPP-Vertragsgestaltungen die ihm im Rahmen der vorgegebenen Funktionalität ggf. eingeräumte Gestaltungsfreiheit.

Die Vergabestelle wollte und durfte nicht die zwingenden Ausschlussgründe von Abschnitt 2 VOB/A unberücksichtigt lassen. Dazu geben die VGU aus o.g. Gründen keinen Anhaltspunkt und eine solche Vorgehensweise wäre auch nicht zulässig. Der Hinweis in Kapitel 5 Ziffer 1.4 VGU, dass Angebote, die nicht den Anforderungen hinsichtlich Vollständigkeit und Übereinstimmung mit den Vorgaben der Bewerbungsbedingungen entsprechen, ausgeschlossen werden können, beinhaltet kein Zugeständnis der Vergabestelle, dass die Vorgaben der Besonderen Leistungsbeschreibung und der Planfeststellungsbeschlüsse nicht vollumfänglich umzusetzen sind.

Die von der Antragstellerin ins Feld geführte Unschärfe von Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit der Ausschreibungsvorgaben beschränkt sich nach Ansicht der Vergabekammer allenfalls auf den Umgang der Bieter mit der sog. „Referenzplanung“ der Antragsgegnerin aus den Vergabeunterlagen. Es kommt deshalb nicht auf die Roteintragungen der Antragstellerin in die Planunterlagen der Referenzplanung an. Das Argument der Antragstellerin, dass die Angebotsplanung (nur) in der gleichen Tiefe vorliegen müsse wie die Referenzplanung, berechtigt die Antragstellerin nicht, verbindliche Vorgaben der besonderen Leistungsbeschreibung zu missachten. Auch dass eine Vergabestelle einräumt, die eigene Referenzplanung enthalte möglicherweise im Nachgang noch korrekturbedürftige Fehler oder Defizite, berechtigen nach Auffassung der Vergabekammer den Bieter nicht, als bindend kommunizierte Vorgaben der Vergabeunterlagen wissentlich in der bieterseitig-alternativen Referenzplanung zu missachten; dies wäre aus Sicht der Vergabekammer eine vergaberechtlich weit überdehnte Auffassung von „Gleichbehandlung“. Zuletzt ist bei der Entscheidung auch noch der Gesichtspunkt der Nachfrageverpflichtung des Bieters im Falle von Unklarheiten gem. Kapitel 5 – Bewerbungsbedingungen, Ziff. 1.2 zu berücksichtigen, wo gefordert wird: *„Enthalten die Vergabeunterlagen nach Auffassung des Bieters Unklarheiten, so hat der Bieter die Vergabestelle darauf unverzüglich über die Vergabeplattform hinzuweisen.“* Eine solche Verpflichtung begegnet in Bewerbungsbedingungen keinen rechtlichen Bedenken und ist zu beachten (OLG München Verg 4/13).

Im konkreten Fall wäre der Bieter, der sich - ausweislich seines eigenen technischen Erläuterungsberichts - über die technische Abänderung „lichte Durchgangshöhe verringert sich damit von 2,0m auf 1,8m“ völlig im Klaren war und der gleichzeitig um die Verbindlichkeit der Vorgabe „Lichte Höhe 2,0m“ wissen musste, zumindest verpflichtet gewesen, sich durch Nachfrage bei der Antragsgegnerin über die (Un-)Zulässigkeit seiner wesentlichen Abänderung Gewissheit zu verschaffen. Dies übersieht die Antragstellerin bei Ihrer Argumentation, es habe generell zu Lasten der Vergabestelle zu gehen, wenn Unklarheiten der Vergabeunterlagen nicht aufgelöst werden könnten; die Vergabestelle habe dann für Aufklärung zu sorgen. Dass die Antragstellerin bei fachkundiger und pflichtgemäßer Interpretation der Vorgaben unproblematisch davon ausgehen konnte, ihre Änderungen seien als vergaberechtlich zulässig zu betrachten, kommt nach Ansicht der Vergabekammer keinesfalls in Betracht.

Die Vergabekammer kann sich schließlich auch nicht dem Argument der Antragstellerin anschließen, ein Ausschluss könne hier auch deswegen nicht zu erfolgen, weil ein etwa abweichender Angebotsinhalt ja ohnehin nicht Vertragsbestandteil werden würde, da nach Vorgabe der Verdingungsunterlagen die Ausschreibung vorrangig sei und (gem. § 1.1.3 des vorgesehenen Projektvertrages) das Bieterangebot nur insoweit Vertragsbestandteil werden solle, als es den Vorgaben der Ausschreibung nicht widerspreche. Hier vermischt die Antragstellerin nach Auffassung der Vergabekammer vertragsrechtliche Fragen einer Rangfolge von Vertragsbestandteilen bzw. einer Auslegung abgeschlossener Verträge mit vergaberechtlich statuierten Verboten und Sanktionen aus dem vorvertraglichen Stadium. Dass den Ausführungszeitraum betreffende vertragsrechtliche Rangfolgeerwägungen auf vergaberechtliche Zulässigkeitsabwägungen bezüglich eines abweichenden Angebotsinhalts ausstrahlen sollen kann die Vergabekammer jedoch genauso wenig erkennen wie etwa umgekehrt eine vergaberechtliche Unzulässigkeit bestimmter Klauseln zwingend deren vertragsrechtliche Unwirksamkeit nach sich ziehen würde.

Im Ergebnis ist der Ausschluss der Antragstellerin somit vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

- b)** Auf die weiteren von der Vergabestelle aufgeführten Ausschlussgründe, die in Zusammenhang mit der elektronischen Angebotsabgabe stehen, kommt es somit nicht an.
- c)** Der Hilfsantrag hat sich durch den von der Vergabestelle verfügten Ausschluss der Beigeladenen erledigt, denn die Antragstellerin wurde hier klaglos gestellt. Insoweit bedarf es keiner inhaltlichen Entscheidung mehr.
- d)** Die Anträge, die die Beigeladene mit Schreiben vom 02.05.2019 in das Verfahren eingeführt hat, wurden, wie von der Vergabekammer gefordert, in ein eigenständiges Nachprüfungsverfahren überführt. Aus diesem Grund ist darüber in diesem Nachprüfungsverfahren nicht mehr zu befinden.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a)** Die Antragstellerin zu 1 und zu 2 tragen die Kosten des Verfahrens zur Hälfte als Gesamtschuldner, weil sie mit ihren Hauptanträgen zu 1a und 1b unterlegen sind (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).
Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens zur Hälfte, weil sie mit ihrer Entscheidung vom 02.05.2019, den Ausschluss der Beigeladenen vom Vergabeverfahren zu verfügen, die Antragstellerin im Hinblick auf den von ihr gestellten Hilfsantrag klaglos gestellt hat.

Der Beigeladenen sind keine Kosten aufzuerlegen, weil die Vergabestelle die Entscheidung über den Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen nicht zeitgleich mit dem Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin verfügt hat und die Beigeladene auch keinen Einfluss auf diese Entscheidung hatte. Deshalb wäre es unbillig, die Beigeladene in die Kostentragung hinsichtlich des Hilfsantrages der Antragstellerin mit einzubeziehen. Die Beigeladene hat zwischenzeitlich ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren mit einem eigenen Nachprüfungsantrag angegriffen. Insoweit trägt die Beigeladene das Kostenrisiko für diesen weiteren Nachprüfungsantrag, soweit sie in diesem Nachprüfungsantrag unterliegen sollte.

Es entspricht auch nicht der Billigkeit, der Antragstellerin die Kosten in Bezug auf den Hilfsantrag aufzuerlegen. Die Vergabestelle hat die Antragstellerin mit der Abhilfe klaglos gestellt. Zudem durfte die Antragstellerin, nachdem es nur zwei bevorzugte Bieter gab, den Hilfsantrag im Hinblick auf ihre zweite Chance in das von ihr angestrebte Nachprüfungsverfahren einbringen.

- b)** Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der Antragstellerin, Vergabestelle, und Beigeladene ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

- c)** Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die Antragstellerin, Vergabestelle und Beigeladene 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 den Parteien nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

- d)** Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. In § 182 Absatz 2 Satz 1 GWB wird bestimmt, dass sich die Höhe der Gebühr nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens richtet. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 Euro und 50.000 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und im Einzelfall auf 100.000 Euro erhöht werden kann, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind.

Die Voraussetzung für eine Ausschöpfung des regulären Gebührenrahmens nach oben und für die ausnahmsweise Erhöhung der Gebühr auf bis zu xxx.xxx Euro sieht die Vergabekammer hier als gegeben an. Bei dem streitgegenständlichen Nachprüfungsverfahren handelt es sich um ein solches mit einem außergewöhnlich hohen Auftragswert von mehr als Euro. Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens sind zudem schwierige Rechtsfragen. Die im Verfahren eingereichten Schriftsätze waren ungewöhnlich umfangreich und neuer Tatsachen- und Rechtsvortrag wurde mehrfach nachgeschoben. Aus diesem Grund überschreitet der Aufwand der Vergabekammer den eines regelmäßig vorkommenden umfangreichen und schwierigen Verfahrens erheblich und rechtfertigt eine Erhöhung der Gebühr wegen

außergewöhnlichen Aufwands über die 50.000 Euro hinaus auf die Gebühr von xxxx €.

Auch eine Gebührenreduzierung gem. § 182 Abs. 2 Satz 3 GWB erscheint nicht angezeigt, da die Antragstellerin eine inhaltliche Entscheidung im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit ihres Ausschlusses beantragt und die Vergabekammer hierüber in der Sache entschieden hat.

- e) Die Vergabestelle ist gem. § 182 Abs. 1 GWB i.V.m § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....

.....