



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der xxx GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführer
xxx,
xxx, xxx

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
xxx Rechtsanwälte,
xxx, xxx,

gegen

xxx mbH,
vertreten durch die Geschäftsführer
xxx,
xxx, xxx

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
xxx Rechtsanwälte,
xxx, xxx,

wegen Inspektion, Wartung und Instandsetzung von Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Weber, die hauptamtliche Beisitzerin Müller und die ehrenamtliche Beisitzerin Cujic-Koch ohne mündliche Verhandlung am 22.06.2015 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf 8.775,- € festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Gegenstand des vorliegenden offenen Verfahrens ist die Inspektion, Wartung und Instandsetzung von Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen.

Die Antragsgegnerin schrieb die Leistung mit europaweiter Bekanntmachung vom 07.02.2015 für einen Zeitraum von viereinhalb Jahren aufgeteilt in drei Gebietslose aus.

In dem Formblatt „Angebot“ (Bl. 25 ff. d. Vergabeakten) heißt es u. a.:

„Das Unternehmen ... gibt hiermit in dem Vergabeverfahren der xxx Energie- und Dienstleistungsgesellschaft mbH ... ein verbindliches Angebot ab auf der Grundlage der mit diesen Vergabeunterlagen mitgeteilten Festlegungen – insb. der vertraglichen Regelungen nebst deren Grundlagen (vgl. Ziffer 2.4 dieses Formblattes „Angebot“).“

und weiter (Bl. 29/30):

„2.4 Vergabeunterlagen
Bestandteile dieser Vergabeunterlagen sind:

...

- Inspektions- und Wartungsvertrag (Anlage 6 zu diesem Formblatt „Angebot“), nebst seinen Anlagen

...

■ Vergütungsliste

...

- Instandsetzungsvertrag (Anlage 7 zu diesem Formblatt „Angebot“), nebst seinen Anlagen

...
 ■ Vergütungsliste
 ...“

und weiter (Bl. 47):

„6.1 Preis ...

Der Bieter ... erklärt, dass er die nach diesen Vergabeunterlagen (insb. vertragliche Regelungen und Festlegungen der Leistungsbeschreibung) geschuldeten Leistungen verbindlich zu folgenden jährlichen Preisen (Summe der Einzelpauschalen) anbietet:

| | | | | |
|-----|------------------|--------------------|------------------|------------------|
| Los | Summe Pauschalen | Inspektion/Wartung | Summe Pauschalen | Instandsetzung |
| | (zzgl. USt.) | (einschl. USt.) | (zzgl. USt.) | (einschl. USt.)“ |

letzteres in Form einer Tabelle, in der die jeweiligen Preise zu den Gebietslosen einzutragen waren.

Weiter heißt es in dem Formblatt „Angebot“ (Bl. 54/55 d. Vergabeakten):

„7.6 Einsendung der Angebotsunterlagen

...

Mit dem Angebot sind die folgenden Unterlagen, Erklärungen und Nachweise jeweils zwingend vollständig ausgefüllt und an den jeweils dafür vorgesehenen Stellen im Original unterschrieben abzugeben:

- Dieses Formblatt „Angebot“

...

- Vergütungsliste (sowohl für den Inspektion- und Wartungsvertrag als auch für den Instandsetzungsvertrag – Papierform und digital als lesbare excel-Datei) – für jedes angebotene Los separat“

Die Vergütungslisten als Anlagen zu den Verträgen (vgl. für den Instandsetzungsvertrag Bl. 279/280 d. A., 11. Anlage) sahen die Angabe jährlicher Pauschalpreise vor (für alle Lose der streitgegenständlichen Instandsetzung vgl. Bl. 505-535 d. A.).

Als Frist zur Abgabe des Angebots war der 23.03.2015, 12 Uhr, vorgesehen. Unter dem 19.03.2015 gab die Antragstellerin Ihr Angebot auf alle drei Lose ab. Alle dazugehörigen Vergütungslisten wurden vollständig eingereicht.

Mit Email vom 16.04.2015 (12:51 Uhr) teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin Folgendes mit (Bl. 585 d. A.):

„in dem vorbezeichneten Vergabeverfahren hat die xxx nach der Prüfung Ihres Angebotes Aufklärungsbedarf festgestellt.

Die xxx hat festgestellt, dass die in Ihrem Angebot auf Seite 24 dargestellten „Summe Pauschalen Instandsetzung“ (bei allen drei Losen) nicht den Summen der Vergütungslisten entsprechen. Auch in den per Stick gelieferten Vergütungslisten sind die „geringen“ Beträge ausgewiesen.

Wir bitten Sie um Aufklärung bis spätestens 21. April 2015, 15:00 Uhr“

Die Antragstellerin antwortete darauf per Mail vom gleichen Tag (15:10 Uhr) wie folgt (Bl. 586 d. A.):

„der Fehler ist gefunden.

Der Excel- sverweis- Übertrag aus der internen Kalkulationstabelle zur Vergütungsliste enthielt einen falschen Zellenbezug zu den Kosten der Sekundäranlagen, sodass nur jeweils eine Teilsumme in den Vergütungstagbelle – Instandhaltung ausgewiesen wurde.

Die Zusammenfassung auf Seite 24 enthält die Summen die aus unserer Kalkulation per Hand eingegebenen wurden. Diese enthalten die korrekten Beträge.

Im Anhang finden Sie die korrigierten Tabellen zur Instandhaltung.“

Die korrigierten Listen waren entsprechend angefügt (vgl. Bl. 587-627 d. A.).

Mit Informationsschreiben gemäß § 101a GWB vom 24.04.2015 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin die für die einzelnen Lose vorgesehenen Zuschlagsbieter mit und führte im Übrigen Folgendes aus:

„Ihr Angebot war aus folgenden Gründen bei allen Losen zwingend vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.

Abweichung von zwingenden Vorgaben der Vergabeunterlagen wegen unzutreffender Angaben in den Vergütungslisten

Ihr Angebot weicht von zwingenden Vorgaben der Vergabeunterlagen ab. Es ist daher nicht vergleichbar mit den Angeboten der anderen Bieter und zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Die xxx hatte in Ziffer 6.1 Formblatt „Angebot“ die Angabe einer Gesamtpauschale als „Summe der in der jeweiligen Vergütungsliste angebotenen Einzelpauschalen“ gefordert. Die in Ziffer 6.1 Formblatt „Angebot“ eingetragenen Werte bei „Summe Pauschalen Instandsetzung“ entsprechen nicht den mit den Vergütungslisten angebotenen Einzelpauschalen.

Sie haben auf Nachfrage (...) eingeräumt, dass die mit den Vergütungstabellen angebotenen Pauschalen unzutreffend sind. Die mit Ihrer E-Mail unaufgefordert nachgereichten Vergütungstabellen stellen eine nachträgliche Änderung Ihres Angebotes dar, die die xxx wegen des in dem Offenen Vergabeverfahren geltenden Verhandlungsverbots nicht berücksichtigen darf.

...

Ihr Angebot ist ferner in sich widersprüchlich und vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen, da die in Ziffer 6.1 Formblatt „Angebot“ eingetragene „Summe Pauschalen Instandsetzung“ nicht der Addition der mit den Vergütungslisten angebotenen Einzelpauschalen entsprechen.

Der xxx war auch eine eigenständige Korrektur Ihres Angebots nicht möglich. Einer Korrektur des Angebotes durch den Auftraggeber waren allenfalls die Gesamtpauschalen durch Addition der in den Vergütungslisten eingetragenen Einzelpauschalen zugänglich. Die Korrektur der in den Vergütungslisten eingetragenen Einzelpauschalen war der xxx auf der Grundlage der Gesamtpauschale weder mathematisch einwandfrei möglich, noch ist diese Vorgehensweise vergaberechtlich zulässig.“

Wegen der darüber hinausgehenden Begründung des Ausschlusses des Angebots der Antragstellerin wird auf das Informationsschreiben vom 24.04.2015 (Bl. 628–630 d. A.) verwiesen.

Mit Schreiben vom 27.04.2015 erklärte die Antragstellerin daraufhin die vergabe-rechtliche Rüge (Bl. 632-634 d. A.) und führte insoweit u. a. aus:

„Die von Ihnen erwähnte Unklarheit in Bezug auf die Vergütungslisten (excel-Listen) konnten Sie mit unserer Mandantin doch bereits durch schlichte Nachfrage aufklären. Unsere Mandantin hat Sie insofern auf den „S-Verweis-Fehler“ in dem Ihnen mit Angebotsabgabe übermittelten excel-Dokument hingewiesen. Dass unsere Mandantin Ihnen die Vergütungslisten dann nochmals per eMail übermittelt hat, ist daher unerheblich. Eine nachträgliche Korrektur von Vergabeunterlagen hat nicht stattgefunden und war von unserer Mandantin auch zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt.

Mit Schreiben vom 30.04.2015 wies die Antragsgegnerin die Rüge vollumfänglich zurück (Bl. 635-638 d. A.).

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 04.05.2015 Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Die Vergabekammer hat den Antrag am gleichen Tag der Antragsgegnerin übermittelt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und insbesondere auch begründet.

Ihr Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren sei nicht zwingend geboten gewesen, wodurch die Antragsgegnerin gegen geltende Vergabevorschriften verstoße und sie in ihren Rechten verletze.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, ihr Angebot sei in Bezug auf den von ihr angebotenen Preis nicht widersprüchlich oder mit Angeboten anderer Bieter nicht vergleichbar.

Sie verweist dazu auf Ziffer 6.1 des Formblatts „Angebot“ und die dort vorgesehene Preistabelle mit den zwölf Summen der Pauschalen.

Mit ihrer Mailantwort auf das Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 16.04.2015 habe sie der Antragsgegnerin eine eindeutige Antwort geben können, nämlich, dass die Zusammenfassung auf Seite 24 die Summen enthält, die aus ihrer Kalkulation per Hand eingegeben wurden, und die Summen die korrekten Beträge enthalten. Damit sei die Aufklärung durch die Antragsgegnerin erfolgreich gewesen.

Der nach Ziffer 6.1 des Formblatts „Angebot“ geforderte Preis habe zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe endgültig festgestanden. Dieses ändere sich auch nicht dadurch, dass in einem Teil der Vergütungslisten falsche Zahlen abgebildet worden waren. Von einem Irrtum könne insofern keine Rede sein. Die Antragstellerin habe genau dieses Angebot abgeben wollen, habe dieses auch erklärt und könne dieses daher auch nicht wegen Erklärungsirrtums anfechten.

Darüber hinaus seien die Vergütungslisten auch nicht Teil eines in der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Preises gewesen.

Selbst wenn man annehmen wollte, dass die Vergütungslisten Teil der Leistungsbeschreibung werden sollten, so dürfe die bestehende Unklarheit darüber nicht zulas-

ten der Antragstellerin gehen. Denn die Rechtsfolge eines Angebotsausschlusses sei nur dort gerechtfertigt, wo sich ein eindeutiger und deshalb für die Bieter auch als solcher erkennbarer Ausschreibungswille ermitteln lasse, von dem sich das Angebot des betreffenden Bieters entfernt hat.

Im Übrigen seien die unzutreffenden Einzelpreisangaben in einem Teil der Vergütungslisten für die Antragsgegnerin offensichtlich gewesen, da sie ab Zeile 195 ganz erheblich, teilweise um das zehnfache, unter den tatsächlichen Einzelpreisen der Antragstellerin lägen und somit auf der Hand gelegen hätten. Zudem kenne die Antragsgegnerin die Antragstellerin gut, so dass ihr im Großen und Ganzen bekannt sei, zu welchen Einzelpreisen die Antragstellerin ihre Leistungen erbringt. Offensichtliche Denkfehler, die für den Auftraggeber erkennbar sind, dürften korrigiert werden.

Da die Vergütungslisten praktisch unvollständig gewesen seien, habe die Antragsgegnerin die fehlenden Einzelpreise gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 VOL/A-EG nachfordern können.

Geschützte Belange Dritter hätten nicht negativ berührt werden können. Eine Manipulation sei ausgeschlossen gewesen. Es sei lediglich um die Behebung eines Anwendungsfehlers des excel-Programms gegangen. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe seien die zutreffenden Einzelpreise in der internen Kalkulationstabelle, die die Grundlage für die Vergütungslisten der Antragstellerin bilden, d. h. in ihrer Urkalkulation, so enthalten gewesen, wie sie in den Vergütungslisten ausgewiesen sind, die der Antragsgegnerin nach Korrektur vorliegen.

Es hätte auch niemand innerhalb von so kurzer Zeit von ca. zwei Stunden ca. 2.400 Einzelpreise bearbeiten, geschweige denn manipulieren können. Die Änderung einzelner der viel zu geringen Einzelpauschalen hätte überhaupt keinen Sinn gemacht. Eine Manipulation sei nicht nur praktisch, sondern auch theoretisch ausgeschlossen. Sie habe auch nicht stattgefunden.

Im Übrigen seien die Einzelpreise in den Vergütungslisten nach den Ausschreibungsbedingungen nicht zuschlagsrelevant.

Die nachträgliche Übersendung der „richtigen“ bzw. „vollständigen“ Vergütungslisten habe daher auch kein neues Angebot darstellen können. Insofern sei es keineswegs zwingend so, dass Preisangaben ausschließlich durch solche Unterlagen klargestellt werden können, die der Vergabestelle bereits seit Angebotsabgabe vorliegen.

Es habe sich vorliegend um nicht mehr als eine Klarstellung des bereits abgegebenen richtigen Angebots gehandelt.

Da den insgesamt sechs vorgesehenen Vertragsmustern die insgesamt sechs von Anfang an zutreffenden Gesamtsummen zugrunde gelegt werden konnten, habe die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin ohne weiteres mit einem einfachen „ja“ annehmen können.

Der Weg zu einer Korrektur sei insbesondere durch die Ausführungen im Beschluss des OLG München vom 29.07.2010 gewiesen (Verg 9/10).

Auch nach dem derzeit geltenden Vergaberecht sei im Übrigen eine sinnentleerte Förmerei unzulässig, da sie einem funktionierenden Vergabewesen entgegenstehe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen,
2. die Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, den Auftrag unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben,
3. vorsorglich, das Vergabeverfahren aufzuheben,
4. ihr Akteneinsicht zu gewähren,
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen und
6. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen und
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragsgegnerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet.

Ihr Verhalten sei vergaberechtskonform. Die Antragstellerin sei nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Ihr Angebot sei zu Recht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen worden.

Die in Ziffer 6.1 des Formblatts „Angebot“ von der Antragstellerin eingetragenen Werte entsprächen bei den Angaben für die Instandsetzung nicht den mit den Vergütungslisten angebotenen Einzelpauschalen. Dass die angebotenen Einzelpauschalen unzutreffend sind, habe die Antragstellerin mit ihrer Email vom 16.04.2015 eingeräumt und mit einem in der Verantwortungssphäre der Antragstellerin entstandenen Fehler begründet.

Ergebnis der von der Antragsgegnerin durchgeführten Aufklärung sei daher das Eingeständnis der Antragstellerin gewesen, ein Angebot abgegeben zu haben, das in Ziffer 6.1 Formblatt „Angebot“ nicht wie gefordert die Summe der angebotenen Einzelpauschalen (Instandsetzung) ausweist, sondern eine für die Antragsgegnerin auf der Grundlage des Angebots weder rechnerisch noch auf sonstige Weise sicher nachvollziehbare Zahl.

Maßgeblich für die Prüfung und Bewertung des Angebots sei die zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist bei der Antragsgegnerin vorliegende Fassung.

Die von der Antragstellerin unaufgefordert nachgereichten Vergütungstabellen stellten eine nachträgliche Änderung des Angebots der Antragstellerin dar, die die Antragsgegnerin wegen des in dem offenen Vergabeverfahren geltenden Verhandlungsverbots nicht berücksichtigen dürfe.

Das Angebot der Antragstellerin weiche daher von zwingenden Vorgaben der Vergabeunterlagen ab, enthalte nicht die geforderten Preise und sei deswegen vom weiteren Vergabeverfahren zwingend auszuschließen gewesen.

Die Aufklärung sei von der Antragstellerin nicht erfolgreich abgeschlossen worden, da sie zum Ergebnis gehabt habe, dass die Angaben der Antragstellerin zu Ziffer 6.1 Formblatt „Angebot“ (Gesamtpauschale als Summe der Einzelpauschalen) nicht zu ihren Erklärungen passten, die sie mit den Vergütungslisten abgegeben hat.

Die Antragsgegnerin habe in Ziffer 7.6 des Formblatts „Angebot“ festgelegt, dass die Vergütungslisten vollständig ausgefüllt mit dem Angebot abzugeben sind.

Die in den Vergütungslisten benannten Einzelpauschalen seien auch maßgeblich. Ihnen komme eine eigenständige Bedeutung zu. So seien die Vergütungslisten als Anlage Bestandteil des Instandsetzungsvertrages. Sie seien maßgeblich für die Berechnung der jährlichen Bruttoabrechnungssumme gemäß § 17 Abs. 1 Instandsetzungsvertrag, maßgeblich für eine mögliche Indizierung gemäß § 17 Abs. 4 Instandsetzungsvertrag und maßgeblich für die Ermittlung der Vergütung bei Veränderungen des Leistungsumfanges gemäß § 10 Instandsetzungsvertrag. Eine nachträgliche Korrektur der Angaben in den Vergütungslisten habe daher Auswirkungen auf den Angebotsinhalt.

Bei dem fehlerhaften „Excel-sverweis-Übertrag“ handele es sich nicht um einen Kalkulationsirrtum. Vielmehr sei von einem Erklärungsirrtum auszugehen, da der äußere Erklärungstatbestand nicht dem Willen der Antragstellerin entsprochen habe. Die Antragstellerin habe Vergütungslisten mit Preisen versehen und abgegeben, die sie mit diesem Inhalt nicht habe abgeben wollen, so dass der Irrtum bei der Abgabe der Erklärung selbst entstanden sei. Durch die Nachreichung der korrigierten Vergütungslisten habe die Antragstellerin dann zum Ausdruck gebracht, dass der Preis für die jeweils zu erbringenden Einzelleistungen irrtümlich auf ihrem Fehler basierend mit Angebotsabgabe unzutreffend benannt worden war.

Die Antragstellerin habe sich auch nicht um einen einheitlichen Faktor „verrechnet“, da nach ihren eigenen Ausführungen die Einzelpreise in den Vergütungslisten „ganz erheblich, *teilweise* um das 10-fache“ unter den tatsächlichen Einzelpreisen der Antragstellerin lägen.

Die Vergütungslisten seien nicht wie von der Antragstellerin aufgefasst „praktisch unvollständig“ gewesen, da sie dem Angebot körperlich tatsächlich beilagen und vollständig ausgefüllt waren.

Bereits die Anzahl der Einzelpauschalen von 2.400 könne schon begrifflich im Rahmen von § 19 Abs. 2 S. 2 VOL/A-EG weder unwesentlich sein noch lediglich Einzelpositionen betreffen.

Auf eine tatsächliche Manipulation komme es im Übrigen nicht an, sondern lediglich auf die Möglichkeit dazu. Eine derartige Manipulationsmöglichkeit habe jedoch bestanden, in jedem Fall hinsichtlich einzelner Pauschalen auch in dem kurzen Zeitraum von zwei Stunden. Dieses Risiko sei bereits ausreichend, da die Antragsgegnerin die Vergütungslisten nicht auf Manipulation prüfen könne.

Die Vergabekammer hat von der Regelung des § 112 Abs. 1 S. 3 GWB Gebrauch gemacht, wonach bei Unzulässigkeit sowie bei offensichtlicher Unbegründetheit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden kann.

Ergänzend wird, auch wegen des weitergehenden Vortrags der Parteien, auf die Verfahrensakte sowie die Vergabeakten dieses Verfahrens Bezug genommen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist offensichtlich unbegründet (A.).

Ein Akteneinsichtsrecht ergibt sich bei dieser Rechtslage nicht (B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist offensichtlich unbegründet.

1. Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin gemäß § 19 Abs. 3 a) VOL/A-EG rechtmäßig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Ausgeschlossen werden danach Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen und Nachweise enthalten.

Dabei korrespondiert § 19 Abs. 3 a) VOL/A-EG mit der Vorschrift des § 16 Abs. 3 VOL/A-EG, wonach Angebote alle geforderten Angaben, Erklärungen und Preise enthalten müssen. Angebote, die dieser Vorgabe nicht entsprechen, sind gemäß § 19 Abs. 3 a) VOL/A-EG zwingend auszuschließen, wobei – wie sich insbesondere aus § 19 Abs. 2 S. 2 VOL/A-EG ergibt – auch fehlende Preisangaben wie alle anderen geforderten Angaben als Erklärungen im Sinne von § 19 Abs. 3 a) VOL/A-EG unter diesen Ausschlussgrund fallen (vgl. Stolz in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 3. Auflage 2014, § 19 VOL/A-EG Rn. 30). Dabei sind die geforderten Erklärungen oder Nachweise nicht nur dann in einem Angebot „nicht enthalten“, wenn sie gar nicht vorgelegt wurden, sondern auch dann, wenn sie unvollständig sind oder sonst nicht den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers entsprechen oder unklar oder widersprüchlich sind (vgl. Dittmann in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage 2011, § 19 VOL/A-EG Rn. 33).

Ausweislich des Aufklärungsersuchens der Antragsgegnerin in ihrer Mail vom 16.04.2015 sowie entsprechend der Mailantwort der Antragstellerin vom gleichen Tage war eine derartige Unklarheit bei einem Teil der geforderten Preisangaben unstrittig gegeben. Dieses offenbart auch ein vergleichender Blick auf die beiden Varianten der von der Antragstellerin eingereichten Vergütungslisten zum Segment „Instandsetzung“ (Angebot der Antragstellerin, Band 2 der Vergabeakten, dort jeweils Anlage 11 – Vergütungslisten sowie Bl. 587 ff. d. A.).

Die Unklarheit ließ sich durch den Versuch der Aufklärung indes nicht plausibilisieren. Dieses wird bereits insoweit deutlich, als die Antragstellerin zur Herstellung der erforderlichen Klarheit korrigierte Tabellen bezüglich der unklaren Positionen über-

sandte, wobei sie darauf hinwies, dass nur jeweils eine Teilsumme in den Vergütungstabellen ausgewiesen worden war.

Durch diese (versuchte) Korrektur wurde das Angebot der Antragstellerin nachträglich abgeändert. Letzteres findet im offenen Verfahren seine Grenze in der Vorschrift des § 18 VOL/A-EG, wonach lediglich ein Aufklärungsverlangen zulässig ist; Verhandlungen in dem Sinne, dass der Angebotsinhalt einvernehmlich abgeändert wird, dürfen demgegenüber nicht stattfinden. Der Auftraggeber soll sich bei Unklarheiten über den Angebotsinhalt diesen lediglich erläutern lassen dürfen (vgl. Zeise in: Kurlartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage 2011, § 19 VOL/A-EG Rn. 33); gerade und nur das tat die Antragsgegnerin auch.

Insoweit durfte das nachträglich unaufgefordert korrigierte Angebot in der neuen Gestalt nicht gewertet werden, was im Übrigen auch dem Gleichbehandlungsgebot gemäß § 97 Abs. 2 GWB entspricht.

Das bestehende Angebot ermangelte hingegen der geforderten Erklärungen.

2. Die vorgenannten Ausführungen sind insbesondere im Licht des § 19 Abs. 2 VOL/A-EG keiner anderen Betrachtung zuzuführen. Vielmehr hält der seitens der Antragsgegnerin erfolgte Ausschluss des Angebots der Antragstellerin den Vorgaben des § 19 Abs. 2 VOL/A-EG stand.

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dem Grunde nach (vgl. § 19 Abs. 2 S. 1, S. 2, 1. HS VOL/A-EG) nur Erklärungen und Nachweise, welche *nicht* die Preise betreffen, bis zum Ablauf einer vom Auftraggeber zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden können. Die Nachforderung liegt dabei im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers (vgl. Vavra in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, § 19 VOL/A-EG Rn. 1, § 16 VOL/A-EG Rn. 4).

Von der Möglichkeit, die entsprechende Nachforderung auch bei Preisangaben ausnahmsweise unter den engen Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 VOL/A-EG vorzunehmen, hat die Antragsgegnerin in rechtlich nicht zu beanstandender Weise Abstand genommen.

Denn bei den nicht nachgeforderten (wenngleich unaufgefordert gelieferten) Preisangaben handelt es sich bereits nicht um „unwesentliche“ Einzelpositionen im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 2, 2. HS VOL/A-EG, bei denen die Möglichkeit einer Ausnahme vom grundsätzlichen Nachforderungsverbot für Preisangaben besteht.

Dem Merkmal der „unwesentlichen“ Einzelposition ist insoweit eine eigenständige Bedeutung beizumessen. Es kann diesbezüglich nicht davon ausgegangen werden, dass Einzelpositionen nur dann „unwesentlich“ im Sinne der Vorschrift wären, wenn sie den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen. Bei einem solchen Verständnis der Vorschrift wäre der Begriff „unwesentlich“ überflüssig und könnte ohne weiteres gestrichen werden (vgl. Stolz in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 3. Auflage 2014, § 19 VOL/A-EG Rn. 24).

Vorliegend ergibt sich der Umstand, dass es sich bei den nachgefragten Positionen nicht lediglich um „unwesentliche“ Einzelpositionen handelt, zwanglos sowohl aus dem Umfang der gegenständlichen Einzelpauschalen als auch aus ihrer Bedeutung.

Bei einer Anzahl von 2.400 Einzelpauschalen (vgl. Bl. 505 – 535 der Vergabeakten) lässt sich bereits begrifflich nicht mehr von unwesentlichen Einzelpositionen sprechen. Es handelt sich vielmehr sogar um den ganz überwiegenden Teil der Einzelpositionen (im gegenständlichen Segment Instandsetzung).

Daneben kommt in gleichem Maße zum Tragen, dass den Vergütungslisten im vertraglichen Konzept der Antragsgegnerin unstreitig eine eigenständige Bedeutung zufällt (vgl. Instandsetzungsvertrag v. 13.02.2015, Bl. 242 ff. d. Vergabeakten), was die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz v. 11.05.2015 (dort S. 11) zutreffend herausgestellt hat. Die Vergütungslisten waren Bezugspunkt für die Berechnung der jährlichen Bruttoabrechnungssumme, für die Ermittlung der Vergütung bei Verminderung und Erweiterung des Leistungsumfangs sowie maßgeblich für eine Indizierung bzw. Anpassung gemäß § 17 Abs. 4 Instandsetzungsvertrag (vgl. §§ 10, 17 Instandsetzungsvertrag).

Für eine Nachforderung der namentlichen Preisangaben war daher bereits tatbestandlich kein Raum.

3. Vorsorglich sei der Vollständigkeit halber noch darauf hingewiesen, dass der von der Antragstellerin zur Verteidigung ihrer Rechtsauffassung in Bezug genommene Beschluss des OLG München vom 29.07.2010 (Verg 9/10) kein anderes Ergebnis rechtfertigt. Das OLG München hatte in seinem namentlichen Beschluss (dort unter II. 3. a) erklärt, dass offensichtliche Rechenfehler ausnahmsweise dann korrigiert werden dürfen, wenn ihre Korrektur anhand des angegebenen Einheits- oder Gesamtpreises ohne weiteres möglich ist. Letzteres war vorliegend gerade nicht der Fall, wie die Antragsgegnerin in ihrem Informationsschreiben dargelegt hat und was sich bei vergleichendem Blick auf die fraglichen Vergütungslisten (Variante 1 im Angebot der Antragstellerin, nachgereichte Variante Bl. 587 – 627 d. Vergabeakten) ohne weiteres erschließt.

Eine Manipulationsgefahr, so das OLG München weiter, könne (nur) dann vernachlässigt werden, wenn ein fehlerhafter Preis zweifelsfrei auf den zahlenmäßig richtigen Preis korrigiert werden kann, wenn dieser an anderen Stellen mehrfach korrekt angegeben worden ist. Auch dieser essentielle Bestandteil der Begründung des Beschlusses des OLG München lässt sich auf die vorliegende Konstellation in keiner Weise übertragen.

Ergänzend sei noch angemerkt, dass den fehlerhaften Zahlen der Bieterin ein entsprechender dieses erst auslösender Fehler der Vergabestelle vorausgegangen war – ebenfalls eklatant abweichend vom streitgegenständlichen Fall.

4. Die Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags ist auch offensichtlich im Sinne von § 112 Abs. 1 S. 3 GWB.

Dabei ist ein Nachprüfungsantrag nicht erst dann offensichtlich erfolglos, wenn nicht der geringste (theoretische) Zweifel an seiner Zulässigkeit oder Begründetheit bestehen kann. Es ist auch nicht erforderlich, dass eine zur Beurteilung der Erfolgsaussichten relevante Rechtsfrage in Rechtsprechung und Literatur einhellig beantwortet wird. Für die Offensichtlichkeit kommt es vielmehr darauf an, dass die Unzulässigkeit oder Unbegründetheit ohne weitere gründliche Prüfung des Antrags auffällt. Erforderlich ist, dass sich ohne weiteres oder jedenfalls unschwer aus den gesamten Umständen seine Unbegründetheit ergeben muss. Die Sache muss eindeutig sein. Der Antrag ist offensichtlich unbegründet, wenn der maßgebliche Sachverhalt aus Sicht der Vergabekammer hinreichend aufgeklärt ist, die mündliche Verhandlung daher

insofern keinen besonderen Erkenntnisgewinn verspricht und der Antrag unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Aussicht auf Erfolg hat (Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, § 112 Rnr. 7, § 110 Rnr. 25).

Eine derartige Eindeutigkeit war vorliegend gegeben. Dieses ergibt sich daraus, dass die unklaren Preisangaben infolge von Umfang und Bedeutung nicht als unwesentlich angesehen werden können und die Antragsgegnerin die ihr unaufgefordert vorgelegten korrigierten Vergütungslisten im offenen Verfahren infolge des Nachverhandlungsverbots nicht akzeptieren durfte.

Die zum Ausschluss führenden Gründe ergeben sich im Übrigen unmittelbar aus dem Angebot nebst seinen Anlagen, so dass eine mündliche Verhandlung insoweit über den hinreichend aufgeklärten Sachverhalt hinaus keinerlei Erkenntnisgewinn hätte zutage fördern können.

5. Mit Blick auf den eindeutig rechtmäßigen Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin aus den zuvor A. 1. - 4. dargestellten Gründen hat die Vergabekammer von der Erörterung der weiteren seitens der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausschlussgründe abgesehen.

Soweit es im Übrigen mit Blick auf die hilfsweise beantragte vollständige Aufhebung des Vergabeverfahrens um potentielle Fehler der Vergabeunterlagen an sich gehen sollte, so ist jedenfalls eine diesbezügliche Rüge in der insoweit maßgeblichen Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB unstreitig unterblieben. Soweit die Antragstellerin hingegen – nur dieses könnte ihr gegenständlich über die unterlassene Rüge unklarer Vergabeunterlagen hinweghelfen – über die aktuellen Bewertungen im Kontext des Servicekonzepts streitet und vermeintliche Widersprüche bzw. Unklarheiten im gegenwärtigen Streit quasi erstmals jetzt zur Kenntnis bekommen haben würde (was sie so indes nicht vorträgt) bzw. die nunmehrige Auslegung angreift, so könnte ihr dieses ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen. Denn im für sie unterstellten günstigsten Falle wäre ein Ausschluss unter diesem Gesichtspunkt rechtswidrig, was jedoch nichts an dem rechtmäßigen Ausschluss wie oben dargelegt ändern würde.

Ansatzpunkte für eine Aufhebung und damit den denkbar schwersten Eingriff in ein Vergabeverfahren vermag die Kammer jedenfalls auch bei großzügigster Betrachtung im Sinne der Antragstellerin nicht auszumachen.

Vielmehr neigt die Kammer dazu, auch hinsichtlich der Frage der Bedeutung und Bewertung der Servicekonzepte (ausgehend von den eindeutigen Vorgaben in Ziffer 6.2.3 a. E. i. V. m. Ziffer 6.2.1 des Formblatts „Angebot“) den Vortrag der Antragsgegnerin für zutreffend zu erachten.

B. Der Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des Antragsgegners gemäß § 111 GWB war infolge der offensichtlichen Unbegründetheit des Antrags zurückzuweisen.

Insoweit folgt aus der Sicherung effektiven Rechtsschutzes zunächst, dass dem Antragsteller bei einem unzulässigen Nachprüfungsantrag kein Akteneinsichtsrecht oder ein solches nur in dem Umfang zusteht, in dem die Vergabeakten zur Beantwortung der Zulässigkeitsfrage eingesehen werden müssen (vgl. Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, § 111 Rnr. 6; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschlüsse v. 12.12.2001 – Verg 19/01 – und 19.12.2000 – Verg

10/00; Verg 07/00). Dabei darf ein Akteneinsichtsrecht nicht dazu führen, dass ein von vornherein unzulässiger Antrag erst im Wege der Akteneinsicht substantiiert werden würde.

Auch bei offensichtlich unbegründetem Nachprüfungsantrag kann jedenfalls in eindeutig gelagerten Ausnahmefällen die Akteneinsicht versagt werden (VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 17.03.2006 – VK-SH-02/06). Ein derart eindeutig gelagerter Ausnahmefall ist jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden gegeben, in denen die Antragstellerin wesentliche Preispositionen nach Ablauf der Angebotsfrist unaufgefordert nachreicht. Bei einer derartigen Fallgestaltung vermag eine Akteneinsicht die Erkenntnisse der Antragstellerin im Übrigen nicht zu erhellen, da der Ausschluss unmittelbar auf dem Inhalt ihres Angebots nebst seiner Anlagen fußt.

III.

Der unterlegenen Antragstellerin fallen gemäß § 128 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 128 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Angebotspreis der Antragstellerin zugrunde gelegt und sich an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes orientiert. Den daraus ermittelten Wert in Höhe von xxx € hat sie, da sowohl Akteneinsicht als auch mündliche Verhandlung unterblieben sind, auf den tenorierten Betrag reduziert.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war erforderlich.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011 - 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss vom 30.09.2011 - Verg 7/11). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169,131). Grundsätzlich muss der Auftraggeber in einem Fall, in dem sich die Streitpunkte auf auftragsbezogene Fragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentrieren, die erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse in seinem Aufgabenbereich organisieren und bedarf auch im Nachprüfungsverfahren keines anwaltlichen Bevollmächtigten (OLG Brandenburg, Beschluss vom 11.12.2007, Verg W 6/07). Maßgeblich sind die objektiv anzuerkennenden Erfordernisse im jeweiligen Einzelfall anhand einer ex ante-Prognose. Treten indes weitere nicht einfach gelagerte Rechtsfragen hinzu, kann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig sein.

Vorliegend ging es zwar im Wesentlichen um auftragsbezogene Fragen (Frage der Bedeutung der Vergütungslisten, Bedeutung und Bewertung des Servicekonzepts).

Gleichwohl waren diese im Lichte des Vergaberechts zu würdigen sowie hinsichtlich ihrer Relevanz mit Blick auf den breit angelegten Angriff im Rahmen des Nachprüfungsantrags zu bewerten.

Insoweit hat die Antragstellerin ergänzend die Aufhebung des Vergabeverfahrens begehrt und damit den allgemein weitreichendsten Eingriff in das Verfahren geltend gemacht.

Die Antragsgegnerin besitzt darüber hinaus keine eigene Rechtsabteilung, sondern verfügt mit insgesamt sieben Angestellten nur über eine hinreichend dünne Personaldecke (vgl. Replik v. 11.05.2015, dort S. 16). Auch die geringe Erfahrung der Antragsgegnerin mit bislang drei in eigener Regie durchgeführten europaweiten Vergabeverfahren ist insoweit zu berücksichtigen. Bereits die Rügeantwort vom 30.04.2015 zur Vermeidung eines Nachprüfungsverfahrens hatte sich die Antragsgegnerin von ihrem Verfahrensbevollmächtigten fertigen lassen.

Im Übrigen geht die Vergabekammer davon aus, dass ein Antragsgegner zum Zeitpunkt der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens schwerlich die weitere Entwicklung des Verfahrens, so z.B. nach Gewährung von Akteneinsicht, absehen kann und daher auf Grund der kurzen in Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer geltenden Fristen im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens frühzeitig bestrebt ist, das Vergabeverfahren durch Inanspruchnahme fachkundigen Rechtsrates zügig voranzutreiben, um es zu einem zeitnahen Abschluss zu bringen. Letztlich kommt hier diesbezüglich das Gebot der Waffengleichheit zum Tragen.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerin war daher notwendig.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen (vgl. hierzu www.berlin.de/erv) beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vorsitzender

Hauptamtl. Beisitzerin

Ehrenamtl. Beisitzerin

Weber

Müller

Cujic-Koch