



Die Vergabekammer Westfalen
bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Az.: VK 24 / 14

Leitsatz.

1. Widersprüchliche oder unklare Erklärungen stehen jedoch fehlenden Erklärungen gleich.
2. Inhalte der Urkalkulation können nicht als erklärungsgehalt herangezogen werden, denn die Urkalkulation wird nicht Vertragsbestandteil.

Münster, den 26. 01.2015

In dem Nachprüfungsverfahren

der **Bietergemeinschaft**

G.xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx diese wiederum vertr.
d.d. Geschäftsführer

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: KNH Rechtsanwälte, Kurfürstendamm 52, 10707 Berlin,
hier: RA' Lena Kuhn

gegen

den Landesbetrieb xxxxxxxxxxxxwiederum vertreten durch die Rechtsabteilung
xxxxxxxxxx

- Vergabestelle/Antragsgegnerin-

Verfahrensbevollmächtigte: keine

sowie
die beigeladene Bietergemeinschaft E+, vertreten durch E GmbH

Verfahrensbevollmächtigte:

- Beigeladene –

wegen Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren „Leistungen zur
Fahrbahndeckenerneuerung Losxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Fachlos 1“

hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg/Münster durch die Vorsitzende Frau Regierungsdirektorin Hugenroth, das hauptamtliche Mitglied, Frau Regierungsdirektorin Dina Trottenburg und das ehrenamtliche Mitglied, Herrn Frank Allmeroth, Leiter der Zentralen Dienste der Stadt Bochum, aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23.1.15 am 26.1.2015 entschieden:

1. Der Antrag ist zulässig, aber unbegründet und wird daher zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die außergerichtlichen Aufwendungen des Antragsgegners..
3. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
4. Die Gebühr der Vergabekammer wird auf xxxxxxx,-- € festgesetzt.

I. Sachverhalt

Der Antragsgegner hat die Maßnahme A Fahrbahndeckenerneuerung Los xxxxxxx als Fachlos 1-4 mit Bekanntmachung vom 17.7.2014 eu-weit in einem offenen Verfahren ausgeschrieben. In ihrem Angebot vom 28.8.2014 zu Los 1 hat die Antragstellerin im Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen erklärt, dass die

Leistungen der Ordnungsziffern 0.2.1 bis 0.2.4 und 0.2.7 bis 0.2.8 durch andere Unternehmer ausgeführt werden sollten, allerdings ohne Namensangaben der vorgesehenen Nachunternehmer.

Im Angebotsschreiben hat die Antragstellerin entsprechend Ziffer 7 erklärt, dass alle anderen, dort nicht benannten Leistungsanteile von ihr selbst erbracht würden.

Mit Schreiben vom 10.9.2014 forderte der Antragsgegner die Antragstellerin auf, die gesamten Preisermittlungsunterlagen sowie die Urkalkulation des Angebots vorzulegen. Darüber hinaus verlangte der Antragsgegner u.a. die Ergänzung des Verzeichnisses der Leistung anderer Unternehmer um die Namen der anderen Unternehmer sowie die Vorlage der Verpflichtungserklärung für Leistungen anderer Unternehmer bis zum 13.9.2014. Mit Schreiben vom 17.9.2014 legte die Antragstellerin u.a. Verpflichtungserklärungen und ein um die Namen der anderen Unternehmer ergänztes Nachunternehmerverzeichnis vor. Dieses Verzeichnis benennt für die Ordnungsziffern 0.2.1 bis 0.2.4 und 0.2.7 bis 0.2.8: „Eigenleistung G./xx P.“

Nach Einholung der Zustimmung zur Öffnung der Urkalkulation am 18.9.2014 hat der Antragsgegner der Antragstellerin am 29.10.2014 mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschlossen werde, da es widersprüchliche Angaben zum Umfang von Leistungen anderer Unternehmer beinhalte.

Mit Schreiben vom 31.10.2014 rügte die Antragstellerin zunächst, dass das Schreiben des Antragsgegners vom 29.10.2014 nicht den Vorgaben des § 101 a GWB entspreche. Darüber hinaus rügte die Antragstellerin, dass sich aus ihrem Angebot und den nachgeforderten Unterlagen keine widersprüchlichen Angaben zum Umfang von Leistungen anderer Unternehmer ergäben.

Diesbezüglich führte sie aus, dass es sich bei den Positionen 0.2.1 bis 0.2.4 und 0.2.7 bis 0.2.8 um Leistungen handele, die von einem anderen Unternehmen durchgeführt werden sollten. Aus ihrer Urkalkulation ergäbe sich auch, dass hier der Einsatz von Subunternehmern einkalkuliert worden sei. Die Angabe der Eigenleistung in der Anlage vom 17.9.2014 sei lediglich darauf zurückzuführen, dass die vorgenannten Ordnungsziffern ebenfalls anteilig Eigenleistungen erhielten, aber überwiegend von einem Nachunternehmer erbracht würden.

Bei den Ordnungsziffern 0.2.1 bis 0.2.4 und 0.2.7 bis 0.2.8 handele es sich um Vermessungsleistungen, die sich auch aus der Urkalkulation ergäben. Zugleich

enthielte diese Leistung aber auch Eigenleistungen, was softwarebedingt jedoch nicht eindeutig zu bezeichnen sei. Aus diesem Grunde sei in der Anlage vom 17.9.2014 die Kategorie Eigenleistung eingetragen worden. Nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf Beschluss vom 12.11.2012 mit dem Az: Verg 38/12 und einer Entscheidung des Bayerischen Oberlandesgerichts von 2001 sei es anerkannt, dass bei der Angebotsprüfung der wahre Wille des Bieters durch Auslegung zu ermitteln sei, was in diesem Fall durch Öffnung der Urkalkulation mit den im Angebot gemachten Angaben möglich gewesen wäre. Insoweit sei der Ausschluss des Angebots auch nicht begründet auf der Basis von veränderten Ausschreibungsunterlagen, weil hier eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen gerade nicht erfolgt sei. Die Verpflichtungserklärung der vorgesehenen Firma K. Bau sei den Unterlagen beigelegt gewesen, so dass alle erforderlichen Erklärungen und Nachweise vorgelegen hätten.

Mit Schreiben vom 10.11.2014 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin sodann mit, dass er ihrer Rüge gem. § 107 Abs. 3 GWB vom 31.10.2014 nicht abhelfe. Zu Begründung verwies er darauf, dass sich unter Heranziehung der Urkalkulation allenfalls die Erklärung ergäbe, dass es sich anteilig um eine Eigenleistung und die Leistung eines anderen Unternehmens handele. Diese Erklärung stehe aber im Widerspruch zur Angebotserklärung, die eindeutig von einer vollständigen Leistung anderer Unternehmen ausgehe. Das Angebot sei daher diesbezüglich als widersprüchlich zu bewerten.

Mit Schreiben vom 18.11.2014 hat die Antragstellerin daraufhin den Nachprüfungsantrag bei der Kammer eingelegt, den diese mit Schreiben vom 19.11.2014 übermittelt hat.

Mit Schreiben vom 15.12.14 hat die Vergabekammer beigelegt und mit Schreiben vom 12.1.15 geladen.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass der Antrag zulässig und begründet sei, insbesondere drohe ein Schaden, da bei vergabekonformer Durchführung der Angebotsprüfung und Wertung der Zuschlag für das Los 1 auf das Angebot der Antragstellerin hätte erteilt werden müssen, da dieses den Anforderungen aus der Ausschreibung in vollem Umfang gerecht werde. Ausweislich des Submissionsergebnisses vom 28.8.2014 lag die Antragstellerin bei Angebotseröffnung mit dem Angebot darüber hinaus auch auf dem 1. Rang. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, da das Angebot der Antragstellerin

vollständig sei und die Antragstellerin der Nachforderung des Antragsgegners mit Schreiben vom 10.9.2014 ebenfalls vollständig und widerspruchsfrei nachgekommen sei. Der vom Antragsgegner angenommene Ausschlussgrund der §§ 16 Abs. 1 Nr. 3 und 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A EG sei nicht erfüllt, weil der Antragsgegner verkenne, dass die Antragstellerin sowohl im Angebot vom 28.8.14 als auch im Schreiben vom 17.9.2014 für die Durchführung der verfahrensgegenständlichen Vermessungsleistungen der Ordnungsziffern 0.2.1 bis 0.2.4 und 0.2.7 bis 0.2.8 stets einen Nachunternehmer bzw. ein anderes Unternehmen benannt hatte. Insoweit seien die angeblich unvollständigen und widersprüchlichen Angaben nicht ersichtlich, auch unter Bezugnahme auf die in der Anlage vom 17.9.2014 erklärten Eigenleistungen. Zwar enthielten die Vermessungsleistungen der Ordnungsziffern 0.2.1, 0.2.2 und 0.2.8 einen überwiegenden Fremdleistungsanteil, jedoch einen geringfügigen Eigenleistungsanteil. Dies sei aus den Kalkulationsunterlagen ersichtlich gewesen. Bei den in der Anlage vom 17.9.2014 benannten Unternehmen handele es sich eindeutig um Nachunternehmer. Bei der in dieser Anlage benannten K.- Bau aus N. handele es sich im Verhältnis zu dem Bietergemeinschaftspartner xx P aus H. um eine eigenständige juristische Person. Die benannte K.- Bau aus N .sei also ein anderes Unternehmen i.S. der Ziff. 7 Abs. 1 der Bewertungsbedingungen. Die Bezeichnung der Eigenleistung in der Anlage zum Schreiben vom 17.9.2014 sei unerheblich, weil die Vermessungsleistungen der Ordnungsziffer 0.2.1, 0.2.2 und 0.2.8 einen geringfügigen Eigenleistungsanteil aufwiesen und es keine Möglichkeit der Differenzierung bei derartig gemischten Leistungen in dem Verzeichnis der Leistung anderer Unternehmen aus den Ausschreibungsunterlagen gegeben habe. Die Differenzierung zwischen Fremdleistungsanteil und Eigenleistungsanteil sei der Urkalkulation zu entnehmen und gekennzeichnet durch die jeweilige Verwendung des Schlüssels 6 10 530 und 6 10 640. Hinsichtlich der Position 0.2.3 und 0.2.4 sowie 0.2.7 verweist die Antragstellerin darauf, dass hier reine Nachunternehmerleistungen kalkuliert worden seien. Das Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmer lasse auch keine Differenzierung bei Leistungen mit einem bestimmten Eigenanteil zu. Darüber hinaus würde der Begriff der Teilleistung und der Begriff der Ordnungsziffer in den Ausschreibungsunterlagen synonym verwandt.. Hinsichtlich der von ihr als Eigenleistung konzipierten Hilfsleistungen bei der Vermessung handele es sich etwa um das Markieren von Messpunkten oder das Halten von Messstäben. Die dafür anfallenden Kosten, die vom Nachunternehmer

nicht in seinem Angebot erfasst worden seien, müssen mithin in der Urkalkulation der Antragstellerin als Eigenleistung berücksichtigt werden. Das habe die Antragstellerin in ihrem Angebot getan, wie sich aus den Seiten 4 und 5 der Urkalkulation ergäbe. Insgesamt habe die Antragstellerin einen Nachunternehmeranteil in Höhe von xxx,xxx, % ausgewiesen und den Eigenanteil in Höhe von yy,yy % kalkuliert. Insoweit sei auch keine Abänderung der mit dem Angebot anzugebenden Erklärungen erfolgt oder eine Abänderung des ursprünglichen Erklärungsgehaltes.

Nach Akteneinsicht verweist sie darauf, dass der Antragsgegner nicht wie im Vergabevermerk festgehalten, aufgeklärt iSd §15 VOB/A EG habe, was sie als einen Verstoß gegen das Transparenzgebot erachtet.

Ferner sei die Dokumentation widersprüchlich, da die Entscheidung zum Ausschluss der Feststellung des Vermerks über die erste Durchsicht der Angebote widerspräche, wonach das Angebot alle geforderten Nachweise und Erklärungen enthalten habe. Da nur in dieser ersten Wertungsstufe der Ausschlussgrund entstehen könne, sei der Ausschluss jetzt zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt unzulässig. Die Erläuterungen des Antragsgegners weist sie mit Schreiben vom 19.1.15 zurück. Die Aufforderung vom 10.9.2014 gäbe gerade kein eindeutiges Aufklärungsziel vor und der Dokumentationsmangel werde auch durch den Hinweis auf die nachträgliche Entwicklung nicht behoben.

Die Antragstellerin beantragt daher

1.

gegen den Antragsgegner ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren zu eröffnen,

2.

den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag für das Los 1 auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen,

hilfsweise

den Antragsgegner zu verpflichten, die Prüfung und Wertung der Angebote für das Los 1 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen und das Vergabeverfahren fortzusetzen,

weiterhin hilfsweise

die Ausschreibung aufzuheben,

3.

der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabeakten gem. § 111 GWB zu gewähren,

4.

dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschl. der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,

5.

die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt, die Nachprüfungsanträge als unbegründet zurückzuweisen und der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Nach Ansicht des Antragsgegners war das Angebot gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A EG wegen widersprüchlicher Angaben zum Umfang von Leistung anderer Unternehmer und Änderung der mit dem Angebot abzugebenden Erklärungen zwingend auszuschließen. Bleiben die Erklärungen zum Einsatz anderer Unternehmen trotz Auslegung nach § 133 BGB unklar, mehrdeutig und widersprüchlich oder unvollständig, so gehe dies zu Lasten des Bieters und das Angebot sei auszuschließen. Mit dem Schreiben vom 17.9.2014 habe die Antragstellerin ein Verzeichnis vorgelegt, in dem zu den Ordnungsziffern 0.2.1 bis 0.2.4 und 0.2.7 bis 0.2.8 eine "Eigenleistung G/xxP." verzeichnet sei. Der Wortlaut der Angaben im Angebot und dem Verzeichnis anderer Unternehmen sei nicht identisch gewesen. Der Erklärung des geringfügigen Eigenleistungsanteils könne man nicht folgen, da Vermessungsleistungen nicht zwangsläufig ein Eigenleistungsanteil immanent sei. Ferner weist der Antragsgegner darauf hin, dass es sich bei den Leistungen der Ordnungsziffer 0.2.7 nicht um Vermessungsarbeiten sondern um Laborarbeiten handele, bei denen die Argumentation der immanenten Eigenleistung bei Vermessungsleistungen von vornherein nicht greife. Soweit die Antragstellerin nunmehr vortrüge, dass bei den Positionen 0.2.3 und 0.2.4 und 0.2.7 nur Leistungen anderer Unternehmen kalkuliert worden seien, weist der Antragsgegner darauf hin, dass es Pflicht des Bieters ist, den von ihm beabsichtigten Einsatz anderer Unternehmen gegenüber dem Auftraggeber vollständig und widerspruchsfrei an der von diesem dafür vorgesehenen Stelle zu erklären. Der

Antragsgegner gesteht zu, dass die Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich der Ordnungsziffer 0.2.1 bis 0.2.4 und 0.2.7 bis 0.2.8 keine Differenzierung zwischen Fremdleistung und Eigenleistungen ermöglichten. Dazu sei er jedoch auch nicht verpflichtet. Dem Antragsteller hätte es freigestanden, die beabsichtigten Einsatzbereiche für Eigen- und Fremdleistung im Angebot und im Verzeichnis der anderen Unternehmen evtl. unter Hinweis auf die Urkalkulation zu beschreiben. Der Hinweis der Antragstellerin, dass softwarebedingt die Kategorie Eigenleistung genommen worden sei, sei für den Antragsgegner nicht erkennbar gewesen und habe schon deshalb nicht zur Auslegung herangezogen werden können. Diese Softwarebesonderheit erkläre auch nicht, warum bei Leistungen, die nach eigenen Angaben der Antragstellerin als reine Nachunternehmerleistung erfolgen sollten (Ordnungsziffer 0.2.3, 0.2.4 und 0.2.7) ebenfalls der Eintrag der Eigenleistung erfolgt sei. Aus der Verpflichtungserklärung der K- Bau lasse sich auch nicht entnehmen, dass diese die hier umstrittenen Leistungen wahrnehmen solle, denn diese Erklärung verwies nur auf das Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen, die insoweit eine andere Aussage wiedergäben. Vielmehr vermutet der Antragsgegner, dass die Antragstellerin bei der Erstellung des o.g. Verzeichnisses bei der Erbringung der Vermessungspositionen in Eigenleistung ausgegangen ist, was sich auch daraus ergäbe, dass für die Ordnungsziffer 0.2.1, 0.2.2 und 0.2.8 teilweise und für die Ordnungsziffer 0.2.3 und 0.2.4 und 0.2.7 vollständig Angaben zum Leistungserbringer sowie die entsprechenden Verpflichtungserklärungen fehlten. Damit sei nach wie vor unklar, wer die Leistung der Ordnungsziffer 0.2.1 bis 0.2.4 und 0.2.7 bis 0.2.8 durchführen solle. Die Annahme des Angebots sei durch eine Annahmeerklärung durch einfaches Ja ungeeignet. Eine Nachverhandlung sei unzulässig. Mit abschließendem Schriftsatz vom 16.1.2015 weist der Antragsgegner daraufhin, dass die Nachforderung von Erklärungen und Urkalkulation zur Aufklärung möglicher Mischkalkulation erfolgt sei und hinsichtlich der angeblichen Widersprüchlichkeit der Dokumentation verweist er auf den zeitlichen Ablauf.

Die Beigeladene hat keine schriftliche Stellungnahme abgegeben und in der mündlichen Verhandlung auch auf die Stellung eines Antrags verzichtet. Wegen der Einzelheiten wird auf die ausgetauschten Schriftsätze verwiesen.

II. Gründe

1. Zulässigkeit

1. 1 Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Vergabekammer Westfalen ist für die Entscheidung über den Antrag nach der Überleitung der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg in die Vergabekammer Westfalen gemäß §§ 2 Abs. 1 u. § 3 Abs.2 der Zuständigkeitsverordnung in Nachprüfungsverfahren des Landes Nordrhein-Westfalen (ZuStVONpV NRW vom 2.12.2014, SGV. NW. Nr. 630) zuständig, weil der Antragsgegner und seine Vergabestelle in Hamm als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr.1 GWB seinen Sitz im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen hat.

Nach dem durch Art. 10 des Zweiten Gesetzes zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen vom 9.5.2000 (GV NRW 462) in das Landesorganisationsgesetz (LOG NRW) eingefügten § 14 a sind Landesbetriebe rechtlich unselbständige, (lediglich) organisatorisch abgesonderte Teile der Landesverwaltung. Der Landesbetrieb xx nimmt für das Land Nordrhein-Westfalen die hoheitlichen Aufgaben des Straßenbaulastträgers bei Landesstraßen (§ 43 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Straßen- und Wegegesetz - StrWG NRW) sowie kraft Bundesauftragsverwaltung bei Bundesfernstraßen wahr (Art. 90 Abs. 2, Art. 85 GG in Verbindung mit § 1 Abs. 2 Verordnung zur Durchführung des Bundesfernstraßengesetzes). Als rechtlich unselbständige, nur organisatorisch ausgegliederte Verwaltungseinheit ist der Landesbetrieb xxx (anders als vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit, vgl. § 5 Ausführungsgesetz VwGO NRW und anders als der Bau- und Liegenschaftsbetrieb NRW in Vergabenaachprüfungsverfahren, vgl. § 1 Bau- und Liegenschaftsbetriebsgesetz - BLBG: teilrechtsfähiges Sondervermögen mit eigener Wirtschafts- und Rechnungsführung; vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04, VergabeR 2005, 107) in Vergabenaachprüfungsverfahren nicht beteiligungsfähig, sondern steht als Teil der Landesverwaltung weiterhin in der Rechtsträgerschaft des Landes Nordrhein-Westfalen, das als Antragsgegner am Vergabenaachprüfungsverfahren beteiligt ist. Antragsgegner des Nachprüfungsverfahrens ist der Auftraggeber (§ 109 Satz 1 GWB). Auftraggeber der vom Landesbetrieb Straßenbau abzuschließenden Beschaffungsverträge ist das Land Nordrhein-Westfalen. Wegen des Prinzips des landeseigenen Vollzugs von

Bundesgesetzen (Art 83, 84 GG) gilt dies auch für jenen Teil des Aufgabenbereichs des Landesbetriebs Straßenbau, der die Straßenbaulast bei Bundesfernstraßen betrifft (OLG Düsseldorf vom 14.9.2009 (VII-Verg 20/09),

1.2 Öffentlicher Auftrag und Schwellenwert

Mit der Ausschreibung einer Vergabe von Leistungen zur Fahrbahndeckenerneuerung Losxxxxxxxxxxxxxxxx, Fachlos 1“ hat der Antragsgegner einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB ausgeschrieben, der die Schwellenwerte nach § 2 Abs.1 S.1 VgV überschreitet. Danach gilt für Bauaufträge derzeit ein Schwellenwert von 5.186. 000,--€, den das Gesamtbauvorhaben überschreitet.

1.3 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt.

Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in bieterschützenden Rechten und zumindest einen drohenden Schaden darlegt. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe des Angebot ihr Interesse bekundet.

Der drohende Schaden liegt im Verlust der Zuschlagschance. Dabei genügt der schlüssige Vortrag vergaberechtlicher Beanstandungen. Dem ebenfalls erforderlichen Vortrag eines drohenden Schadens ist in der Regel genügt, wenn dieser ebenfalls schlüssig vorgetragen wird. Die Feststellung dieser Voraussetzung ist dann Sache der Begründetheitsprüfung (BGH vom 18.5.2004, Az. X ZB 7/04).

Die Antragstellerin hat dargelegt, dass ihrer Ansicht nach der Ausschluss unzulässig sei, weil die Interpretation der strittigen Aussagen zum Einsatz von Nachunternehmern durch den Antragsgegner bei sachgerechter Auslegung der vorliegenden Erklärungen einen Ausschluss wegen fehlender bzw. uneindeutiger Erklärungen nicht rechtfertige.

Der Antrag ist form- und fristgerecht eingelegt.

1.4 Rüge

Der Ausschluss ist ebenfalls form- und fristgerecht mit Schreiben vom 31.10.2014 gerügt.

2. Die Antragstellerin ist durch den Ausschluss ihres Angebots nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs.1 und 7 GWB iVm § 16 Abs.1 Nr. 3, § 13 Abs.1 Nr.4 VOB/A EG verletzt.

2.1 Gemäß § 13 Abs.1 Nr.4 VOB/A EG müssen die Angebote die geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten.

Wenn solche fehlen, hat sie der Auftraggeber gemäß §16 Abs.1 Nr. 3 S.1 VOB/ EG nachzufordern. Sie sind dann innerhalb einer Frist von 6 Tagen vorzulegen. Werden sie nicht in der Frist vorgelegt, ist das Angebot zwingend auszuschließen.

Die Antragstellerin hatte hier mit ihrem Angebot (zulässigerweise) zunächst nur eine Liste der Leistungsanteile eingereicht - geordnet nach Ordnungsziffern -, die keine Namen der vorgesehenen Nachunternehmer enthielt. Die Namen waren auf Verlangen nachzureichen. Diese hat der Antragsgegner dann gemäß § 16 Abs.3 S.1 EG VOB/A zusammen mit entsprechenden Verpflichtungserklärungen nachgefordert. Die Nachforderung war insoweit unmissverständlich.

Ferner hatte er die Vorlage der Urkalkulation erbeten. Die Antragstellerin hat diese Unterlagen fristgerecht eingereicht.

a) Widersprüchliche und damit unklare Erklärungen

Allerdings ergab sich hieraus bezogen auf die streitigen Ordnungsziffern ein Widerspruch zu der mit dem Angebot eingereichten Liste, weil nunmehr die fraglichen Leistungen als Eigenleistungen gekennzeichnet waren. Die Erklärungen in den beiden Listen sind auch jede für sich objektiv eindeutig und zusammen eindeutig widersprüchlich.

Widersprüchliche oder unklare Erklärungen stehen jedoch fehlenden Erklärungen gleich (OLG Frankfurt Beschl. V. 26.5.2009 11Verg 2/09 in ZfBR S.704).

b) keine eindeutige Aussage durch Auslegung

Aufgrund des klaren objektiven Erklärungsgehalts - erst Fremdleistung , dann Eigenleistung - ist fraglich, ob die Erklärungen überhaupt einer Auslegung nach §133 BGB gar nicht zugänglich wären.

Nach OLG Düsseldorf (Entscheidung vom 14.10.2009, Verg 9/09) und BGH vom 26.10.1983 - ([IVa ZR 80/82](#), [NJW 1984, 721](#) m.w.N). sind Auslegungen nach §133 BGB nach folgenden Grundsätzen vorzunehmen:

"Wird der tatsächliche Wille des Erklärenden bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bewiesen oder sogar zugestanden ... und hat der andere Teil sie ebenfalls in diesem Sinn verstanden, dann bestimmt dieser Wille ... den Inhalt des Rechtsgeschäfts, ohne dass es auf Weiteres ankommt. Denn der wirkliche Wille geht, wenn alle Beteiligten die Erklärung übereinstimmend in eben diesem Sinne verstanden haben, nicht nur dem Wortlaut, sondern jeder anderweitigen Interpretation vor ... Gelingt es dagegen nicht festzustellen, was der Erklärende wirklich gewollt und dass der Empfänger die Erklärung in diesem Sinne verstanden hat, dann ... kommt es ... in einer weiteren Stufe des Auslegungsvorganges ... darauf an, wie der Empfänger der empfangsbedürftigen Willenserklärung diese bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu verstehen hatte ... "(Ende des Zitats BGH).

Nicht bei der Frage, wie der Erklärungsempfänger (hier der öffentliche Auftraggeber) die Willenserklärung (das Angebot) nach den Umständen zu verstehen hatte, aber bei der Feststellung, wie er sie tatsächlich verstanden hat, dürfen und müssen auch spätere Vorgänge, insbesondere das nachträgliche Verhalten oder Erklärungen des Bieters insoweit berücksichtigt werden, als sie Rückschlüsse auf seinen tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers zulassen können (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 24.6.1988 - **V ZR 49/87**, **NJW 1988, 2878**, 2879; Urt. v. 16.10.1997 - **IX ZR 164/96**, **NJW-RR 1998, 259**; Urt. v. 16.9.1998 - **V ZR 77/87**, **NJW-RR 1989, 198**, 199; Urt. v. 26.11.1997 - **XII ZR 308/95**, **NJW-RR 1998, 801**, 803; Urt. v. 7.12.2006 - **VII ZR 166/05**, **BauR 2007, 574** Rn. 18 - jeweils m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.11.2000 - **Verg 21/00**, **VergabeR 2001, 38**, 39; Beschl. v. 12.3.2007 - VII-**Verg 53/06**)" Zitat Ende OLG).

Der Antragsgegner konnte die Erklärungen in den Listen aus sich heraus nur als widersprüchlich verstehen. Die nachgereichte Erklärung einer Teilerledigung durch die Antragstellerin war allenfalls aus der Urkalkulation heraus ableitbar. Sie ist in sich darüber hinaus zweideutig, weil nur in einem Teil der als Eigenleistung gekennzeichneten Leistungsanteile tatsächlich auch in der Urkalkulation Teilleistungen der Antragstellerin vorgesehen waren und bei den Laborarbeiten ausgeschlossen.

Auch die Verweise auf die Verpflichtungserklärungen ergeben kein anderes Bild, da die Verpflichtungserklärung für die K.- Bau aus N auf die Liste "Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen" verweist und datumsmäßig unstrittig erst zu der Übersendung der zweiten Liste vom 17.9.2015 ausgefertigt wurde. Diese aber weist die streitigen Leistungen als Eigenleistungen aus. Damit fehlt es auch an einer Verpflichtungserklärung des angeblich vorgesehenen Nachunternehmers. Eine solche kann aber nicht mehr nachgereicht werden, weil die Aufforderung vom

10.9.2014 abschließend war. Eine solche Nachreichung wäre ein unzulässiges Nachbessern (vgl. OLG Frankfurt v. 6.6.2013, Az.: 11 Verg 8/13).

c) Kein Austausch von Nachunternehmern

In der Sache hat die Antragstellerin mit dem Austausch einer Fremdleistung mit Eigen (-teilleistungen) einen Austausch von Nachunternehmen beabsichtigt. Es ist dem Bieter nicht gestattet, vorgesehene Nachunternehmer auszutauschen.

Nach Auffassung des **OLG Düsseldorf, 05.05.2004 - Verg 10/04** gilt:

"Benennt der Bieter in seinem Angebot für näher bezeichnete Leistungsteile einen Nachunternehmer, ist er mit Ablauf der Angebotsabgabefrist hieran gebunden. Er kann für die betreffenden Arbeiten weder einen anderen noch einen zusätzlichen Nachunternehmer anbieten. Ebenso wenig darf der öffentliche Auftraggeber eine dahingehende Angebotsänderung gestatten. Der Bieter ist in gleicher Weise gehindert, sein Angebot dahin abzuändern, dass die in Rede stehenden Arbeiten nicht mehr durch einen Nachunternehmer, sondern im eigenen Betrieb ausgeführt werden sollen".

Das muss auch für Teilleistungen gelten.

Es mag so sein, dass die Antragstellerin die streitigen Leistungen immer schon als Fremdleistung oder überwiegend als Fremdleistung angesetzt und kalkuliert hat. Es ist aber aus den vorliegenden Angebotserklärungen nicht ersichtlich.

Der in der Urkalkulation benannte Anteil von Eigenleistungen kann als Angebotserklärung und damit Vertragsgrundlage nicht herangezogen werden, denn die Urkalkulation wird nicht Vertragsbestandteil. Die die Vertragsgrundlage bildenden Erklärungen bleiben widersprüchlich. Der Ersatz der widersprüchlichen Erklärungen durch die jetzt im Rüge- und Nachprüfungsverfahren vorgetragenen Teilleistungserklärungen - ggf. im Verhältnis zu der in der Urkalkulation angenommenen Verteilung - würde- wenn sie denn eindeutig wären - zu einer Nachbesserung führen, die nicht zulässig ist. (vgl. OLG Dresden v.21.2.2012 Verg 1/12 IBR Juni 2012 S. 344).

Da aber die Erläuterung der eigenen Teilleistung hinsichtlich der strittigen Ordnungsziffern ebenfalls nicht eindeutig ist, wie der Antragsgegner in seinem Schreiben vom 24.11.2014 unwidersprochen dargelegt hat, ist auch die Erläuterung der Antragstellerin nicht hinreichend deutlich, wer denn nun welche Leistung erbringen soll.

Damit lagen zum Bewertungszeitpunkt nicht alle verlangten Erklärungen fristgerecht vor bzw. waren in sich widersprüchlich.

d) kein Schaden durch möglichen Dokumentationsmangel

Ein Anspruch auf eine Aufklärung nach § 15 VOB/A EG besteht nicht (vgl. Weyand, Ibr- online Kommentar zum Vergaberecht zu §15 VOB/A, Rdnr. 81.8..11.11 m.w.N.). Die insoweit möglicherweise fehlerhafte Wortwahl im Vergabevermerk führt jedenfalls auch als Dokumentationsfehler nicht zu einem Schaden der Antragstellerin, da das Angebot zwingend aus anderen Gründen auszuschließen ist (vgl. insoweit sinngemäß auch BGH vom 18.2.2003 X ZB 43/02).

Die Widersprüchlichkeit entstand auch erst mit der Vorlage der nachgereichten Liste mit Schreiben vom 17.9.2014. Damit waren die Feststellungen in der ersten Durchsicht der Angebote überholt. Sie hat sich offensichtlich nur auf den Stand am 28.8.2014 bezogen und damit war die Veränderung der Aussage vom Auftraggeber zu beachten. (OLG Frankfurt v.10.2.2009 11 Verg 16/08).

III. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf §128 GWB.

Gem. § 128 Abs. 1 sind für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwands zu erheben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 GWB nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Dieser wiederum ergibt sich grundsätzlich aus dem Angebot(brutto) der Antragstellerin.

Der Gebührenrahmen wurde vom Gesetzgeber auf eine Mindestgebühr von 2.500,00 € und eine Höchstgebühr von 50.000,00 € festgesetzt, wobei im Einzelfall bei außergewöhnlich hohem Aufwand oder entsprechend hoher wirtschaftlicher Bedeutung eine Erhöhung auf 100.000,00 € möglich ist.

Die Tabelle des Bundeskartellamtes zur Gebührenhöhe in Abhängigkeit vom Ausschreibungswert, d.h. im Regelfall dem geschätzten Auftragswert bzw. dem Angebotspreis der Antragstellerin als Basis für den wirtschaftlichen Wert endet bei einem Auftragsvolumen von 70 Mio. € und sieht dafür eine Gebühr von 25.000 € vor. Für den hier in Rede stehende Auftrag auf der Basis des von der Antragsgegnerin angebotenen Auftragswertes sieht diese Tabelle eine Gebühr von 19.260,-- € vor.

Damit war die Gebühr auf xxxxx,--€ festzusetzen.

Gem. § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB hat der Antragsteller, der vor einer Vergabekammer unterliegt, die Kosten zu tragen. Mithin hat die Antragstellerin die Gebühr zu tragen. Sie hat gemäß § 128 Abs.4 GWB auch die Kosten des Antragsgegners zu tragen. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten war für die Antragsgegnerin als Verkehrsverbund ohne umfassend ausgestattete Rechtsabteilung erforderlich.

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind nur erstattungsfähig, wenn sie von der Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt werden (§ 128 Abs. 4 S. 3 GWB).

Es entspricht billigem Ermessen, die Erstattung der außergerichtlichen Kosten eines Beigeladenen anzuordnen, wenn sich die unterliegende Partei ausdrücklich in einen Interessengegensatz zum Beigeladenen gestellt und dieser eigenen Anträge gestellt hat.

Eine entsprechende Anwendung der Kostenregelung der ZPO mit der Folge, dass dem im Vergabenachprüfungsverfahren unterlegenen Teil generell auch die außergerichtlichen Auslagen der nicht selbst als Antragsteller oder Beschwerdeführer beteiligten Beigeladenen auferlegt werden müssten, verbietet sich bereits deshalb, weil sie im Einzelfall das wegen der hohen Verfahrenswerte im Nachprüfungsverfahren ohnehin bereits erhebliche Kostenrisiko des Antragstellers so stark erhöhen kann, dass sich die Ingangsetzung des Nachprüfungsverfahrens aus wirtschaftlichen Gründen verbietet; dies etwa dann, wenn der Nachprüfungsantrag in einer frühen Phase des Vergabeverfahrens gestellt wird, in der noch mehrere oder gar alle Bieter beigeladen werden könnten (OLG Brandenburg, B. v. 12.2.2002 - Az.: [Verg W 9/01](#)).

Die Beigeladene hat keine eigenen Anträge gestellt.

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind daher nicht erstattungsfähig.

IV.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist gem. § 116 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig. Sie kann binnen einer Notfrist von 2 Wochen, die mit

der Zustellung dieser Entscheidung beginnt (§ 117 Abs. 1 GWB), schriftlich beim Beschwerdegericht eingelegt werden. Beschwerdegericht für die Vergabekammer ist das Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

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.

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

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt 2 Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

gez. Hugenroth
(Vorsitzende)

gez. Trottenburg
(hauptamtl. Mitglied)