

**69d - VK - 07/2016**

Leitsätze:

1. Bei der Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes kommt es auf die übliche Sorgfalt und üblichen Kenntnisse eines durchschnittlichen Bieters an, mittels derer Tatsachen in Vergabeunterlagen von diesem ohne anwaltlichen Rat als Verstoß gegen Bestimmungen des Vergabeverfahrens erkannt werden können. Hinzu treten muss bei ihm das Bewusstsein, dass hieraus in rechtlicher Hinsicht ein Vergabeverstoß resultieren könnte. Ist der Bieter ein Unternehmen, sind bei innerbetrieblicher Arbeitsteilung etwaige unterschiedliche Kenntnisstände von Mitarbeitern ohne Belang.
2. Ein unvollständiges Angebot gemäß § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A liegt vor, wenn darin bei einer Erklärung über die Kalkulation der Kosten eine geforderte Einzelposition nicht ausgewiesen wurde.
3. Der Auftraggeber darf ein unvollständiges Angebot nicht ausschließen, solange er sein Ermessen, ob er eine fehlende Erklärung nachfordert, nicht ausgeübt hat.
4. Bei der Beurteilung der Unwesentlichkeit i.S.v. § 19 EG Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz VOL/A kommt es nicht darauf an, ob das Ergänzen der fehlenden Preisangabe die Wettbewerbsstellung des betreffenden Bieters ändert oder nicht. Gerät weder der Wettbewerb noch die Eindeutigkeit bzw. Vergleichbarkeit des Angebotes in Gefahr, so besteht kein Anlass, solche Angebote von vorneherein zwingend auszuschließen.
5. Der Umfang der Nachforderungsmöglichkeit i.S.v. § 19 EG Abs. 2 VOL/A ist wesentlich weitreichender als die Aufklärungsmöglichkeit des § 18 Satz 1 VOL/A.

Stichworte: Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes; Nachforderungsermessen bei unvollständigem Angebot; Verhältnis zwischen § 18 EG Satz 1 VOL/A und § 19 EG Abs. 2 Satz 2 VOL/A

Normen: § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB; §§ 18 EG Satz 1, 19 EG Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 3 lit. a VOL/A

Streitgegenstand: Dienstleistungen zur Bewachung u.a. von Museen,  
offenes Verfahren nach VOL/A

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]  
[REDACTED]

- Antragstellerin -

gegen

[REDACTED]  
[REDACTED]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

weitere Beteiligte:

[REDACTED]  
[REDACTED]

- Beigeladene -

wegen

Vergabe des Dienstleistungsauftrags zur Bewachung u.a. von Museen in

[REDACTED],

offenes Verfahren nach VOL/A,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Re-

gierungsoberrat Liebig und den ehrenamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Wentz

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Juli 2016  
am 17. August 2016 beschlossen:

- I. Das Vergabeverfahren wird in den Stand der Prüfung der Angebote - hier: Prüfung auf Vollständigkeit - zurückversetzt. Bei fortbestehender Vergabeabsicht hat die Antragsgegnerin ihr Ermessen über die Nachforderung der Angabe der Funktionszulage in der Kostenkalkulation für Kassendienste pflichtgemäß auszuüben.
- II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt.

### Gründe:

#### I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 5. September 2015 die Vergabe des Auftrags zur Bewachung und Erbringung anderer Dienstleistungen in Museen in [REDACTED] im offenen Verfahren nach VOL/A europaweit aus (EU-ABl.

[REDACTED] HAD-Ref.: [REDACTED] V-Nr./AKZ: [REDACTED]

In Ziff. II.1.8 i.V.m. II.2.1 dieser Bekanntmachung wurde bestimmt, den Auftrag in zwei Lose aufzuteilen. Zudem war die Abgabe eines Angebotes nur für ein Los vorgegeben (Ziff. II.1.8 der Bekanntmachung). Der Auftrag sollte über zwei Jahre dauern, zuzüglich einer einmaligen Verlängerungsoption von zwei weiteren Jahren (Ziff. II.2.1 i.V.m. II.2.2, II.2.3 der Bekanntmachung)

Als Zuschlagskriterium wurde der niedrigste Preis bestimmt (Ziff. IV.2.1 der Bekanntmachung).

Gemäß Ziff. IV.3.4 der Bekanntmachung war als Schlusstermin für den Eingang der Angebote der 13. Oktober 2015, 12:00 Uhr, festgelegt.

In der Leistungsbeschreibung, die in den Unterlagen zur Aufforderung zur Angebotsabgabe enthalten war, wurde als Kalkulationsgrundlage wie folgt vorgegeben: „Bei den angebotenen Stundenpreisen handelt es sich um feste Stundensätze (...). Im Falle einer Tarifierhöhung oder einer Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohnes (...) erhöhen sich nur die lohngebundenen Bestandteile des Stundenverrechnungssatzes (...).“ Zudem waren diesen Unterlagen ein Leistungsverzeichnis und für jede einzelne Dienstleistung eine Kostenkalkulation zur Ermittlung des jeweiligen Stundenverrechnungssatzes beigefügt. In Nr. 2.9 des Leistungsverzeichnisses wurde für den Kassendienst u.a. bestimmt: „Für Kassenkräfte ist eine Funktionszulage in Höhe von [REDACTED] € pro Stunde einzukalkulieren.“ Die Kostenkalkulation für den Kassendienst, dargestellt in tabellarischer Form, war aufgliedert in die Positionen „Tariflohn“, „Lohnnebenkosten (gesetzlich)“, „Lohnfolgekos-

ten“, „Löhne/Gehälter für Einsatzleistung“, „Sonstige Kosten“, „Risiko + Gewinn“ sowie „Stundenverrechnungssatz“ – zwischen denen jeweils die Position „Zwischensumme“ eingefügt war, abgeschlossen mit der Position „Gesamt“ –; den Positionen waren je leere Felder zugeordnet, die mit Angaben zu Zuschlägen und Euro-Beträgen auszufüllen waren. Unterhalb der Position „Sonstige Kosten“ waren drei horizontale Spalten angeordnet, deren Felder am unteren Rand mit mehreren Pünktchen gefüllt waren. Gleichermaßen waren die Kostenkalkulationen für die anderen ausgeschriebenen Dienstleistungen ausgeführt. Eine gesonderte Position für Funktionszulagen war in allen Kostenkalkulationen nicht ausgewiesen.

In der Folgezeit forderten Antragstellerin und Beigeladene diese Unterlagen an.

Am 12. Oktober 2016 gab die Antragstellerin ein Angebot zu Los 2 ab. Bei den Kassendiensten machte sie in der dafür vorgesehenen Kostenkalkulation keine ausdrücklichen Angaben zur Funktionszulage (Bl. 414 d. Vergabeakte [VA]); in den drei Spalten unterhalb der Position „Sonstige Kosten“ fügte sie jeweils die Worte „Einw./Aus- und Weiterbildung“, „Bekleidung/Ausrüstung“ und „Verwaltung“ ein, zu denen sie je Angaben zu Zuschlägen und Euro-Beträgen machte. Ebenso verfuhr sie bei den übrigen Dienstleistungen, mit Ausnahme der Kostenkalkulation für Empfang- und Pfortendienst; dort trug sie zwischen den Positionen „Tariflohn“ und „Lohnnebenkosten (gesetzlich)“ das Wort „Funktionszulage“ ein und bezifferte den diesbezüglichen Zuschlag und Euro-Betrag.

Die Beigeladene gab ebenfalls fristgerecht ihr Angebot, u.a. zu den Kassendiensten, zum selben Los ab.

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2015 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin unter Verweis auf § 19 EG Abs. 3 lit. a VOL/A mit, dass sie beabsichtige, ihr Angebot aus formalen Gründen auszuschließen, weil es nicht alle geforderten Angaben enthalte; für den Kassendienst sei die geforderte Funktionszulage in Höhe von ■■■■■ € pro Stunde nicht berücksichtigt. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Dies rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 21. Dezember 2015. Der Ausschluss sei wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot vergaberechtswidrig, da zum einen die Antragsgegnerin in der Kostenkalkulation für die Funktionszulage keine Zeile – d.h. entsprechende Rubrik – bereitgestellt habe und in den Vergabeunterlagen keine Möglichkeit bestand, diese auszuweisen; es sei lediglich gefordert worden, die Zulage mit einzukalkulieren, nicht aber gesondert auszuweisen. Zum zweiten sei die Zulage von ihr, der Antragstellerin; auf verschiedene Positionen der Kostenkalkulation für Kassendienste aufgeteilt worden, so dass diese in die Kalkulation mit eingegangen sei.

Mit Schreiben vom 26. Januar 2016 half die Antragsgegnerin der Rügen erklärtermaßen nicht ab.

Daraufhin stellt die Antragstellerin mit Schreiben vom 27. Januar 2016 ihren Nachprüfungsantrag.

Zur Begründung verwies sie auf ihre Rüge und erklärte, diese zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens zu machen. Zudem meinte sie, dass die Antragsgegnerin ihr gegenüber zur Aufklärung über das Angebot gemäß § 18 EG VOL/A verpflichtet gewesen wäre; erst nach erfolglosem Aufklärungsversuch hätte sie das Angebot ausschließen dürfen. Schließlich erklärte die Antragstellerin, dass sie auf der Durchführung einer mündlichen Verhandlung besteht.

Sie beantragt:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, in dem Vergabeverfahren bezüglich der Bewachung von acht Museen, Ausschreibungsnummer [REDACTED] den Zuschlag auf das Angebot der Firma [REDACTED] zu erteilen.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Vergabekammer übermittelte den Antrag am nächsten Tage an die Antragsgegnerin, gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme und forderte von ihr fristsetzend die Vergabeakte an, welche diese am 4. Februar 2016 vorlegte.

Zuvor hatte die Antragsgegnerin in ihrem Vergabevermerk vom 2. Februar 2016 im Rahmen der Wertung der Angebote zu deren Ausschluss unter Ziff. 6.1 bei der Antragstellerin als Ausschlussgrund wie folgt vermerkt: „Das Angebot enthält nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen, Nachweise und Preise. Bem./Begr.: Forderungen aus dem LV wurden nicht erfüllt: Für den Kassendienst wurde die geforderte Funktionszulage in Höhe von [REDACTED] Euro pro Stunde nicht berücksichtigt.“ (Bl. 12 d. VA).

Mit Schriftsatz vom 4. Februar 2016 erwiderte die Antragsgegnerin auf die Antragschrift, indem sie beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 27. Januar 2016 wird zu rückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten wird für die Antragsgegnerin für notwendig zu erklärt.
3. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin auferlegt.

Zur Begründung trug sie im Wesentlichen vor, dass der Nachprüfungsantrag schon unzulässig sei, weil die Antragstellerin das Fehlen einer gesonderten Zeile bzw. Position für die Funktionszulage in der Kostenkalkulation nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB gerügt habe. Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschlossen worden, denn zum einen sei die tabellarische Form der Kostenkalkulation bewusst offengehalten worden, was sich nicht zuletzt aus den Spalten unterhalb der Position „Sonstige Kosten“ ergebe, die sichtlich von den Bietern beliebig ergänzt werden durften; dies hätte deshalb auch keine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen dargestellt. Zum anderen habe die Antragstellerin - entgegen ihrer Behauptung - eine Funktionszulage von [REDACTED] € pro Stunde für den Kassendienst aber auch nicht bei den anderen Positionen der Kostenkalkulation für den Kassendienst kalkulatorisch einberechnet; dies sei teils aufgrund gesetzlich vorgegebener Größen bzw. Maßstäbe, teils aufgrund der jeweils angebotenen Betragshöhen der in Betracht kommenden Positionen, die insgesamt [REDACTED] € unterschreiten würden, nicht möglich gewesen. Schließlich trug sie vor, dass im Angebot der

Antragstellerin keine Preisangabe einer Einzelposition fehlte, so dass § 19 EG Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz VOL/A nicht anwendbar sei.

In der Folgezeit vertieften die Beteiligten ihre Kontroverse. Zwischenzeitlich wurde die Beigeladene zum Nachprüfungsverfahren beigezogen. Ihr wurde Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Schriftsätzen der übrigen Beteiligten gegeben; sie äußerte sich nicht.

Am 14. Juli 2016 fand die mündliche Verhandlung statt, an der alle Beteiligten zugegen waren. Die Vergabekammer erörterte mit den Beteiligten die Sach- und Rechtslage. Sie wies darauf hin, dass sie - vorbehaltlich einer abschließenden Würdigung und Entscheidung - den Nachprüfungsantrag als unzulässig ablehnen werde.

Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin hielten ihre jeweiligen Standpunkte aufrecht und nahmen auf ihre gestellten Anträge Bezug. Die Beigeladene äußerte sich nicht und stellte auch keinen Antrag.

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 15. Juli 2016 nahm die Antragstellerin zur mündlichen Verhandlung ergänzend Stellung. Dabei äußerte sie sich zum Verhalten einzelner Mitglieder der Vergabekammer und machte tatsächliche und rechtliche Ausführungen zum Streitgegenstand. Zudem trug sie vor, dass die Antragsgegnerin die Möglichkeit der Nachforderung gehabt hätte, welche ein übliches und in der Geschäftspraxis immer verwendetes Mittel sei.

Mit Verfügung vom 20. Juli 2016 legte die Vergabekammer diesen Schriftsatz den übrigen Beteiligten zur Kenntnisnahme vor und stellte ihnen eine Stellungnahme anheim. Zugleich stellt sie die Behauptungen der Antragstellerin, soweit sie Verhalten und Äußerungen einzelner Mitglieder Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung betrafen, richtig.

Die Antragsgegnerin nahm dazu mit Schriftsatz vom 22. Juli 2016 Stellung, u.a. meinte sie, zur Nachforderung von Nachweisen nicht verpflichtet gewesen zu sein, da diese nicht gefehlt hätten; im Übrigen hätte die Antragstellerin dazu verspätet vorgetragen. Die Beigeladene äußerte sich nicht.

Mit Schriftsatz vom 26. Juli 2016 gab die Antragstellerin dazu eine Stellungnahme ab. U.a. trug sie - wie schon in der mündlichen Verhandlung - vor, dass für sie bis zur Abgabe ihres Angebotes keine Rügeobliegenheit bestanden hätte, weil die Ausschreibungsunterlagen aus ihrer Sicht eindeutig gewesen wären.

Die Vergabekammer sandte diesen Schriftsatz den übrigen Beteiligten mit der Bitte Kenntnisnahme zu.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig, und - soweit er zulässig ist - auch begründet.

Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags und Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens richten sich nach den §§ 97, 107 ff GWB in der bis zum 17. April 2016 anwendbaren Fassung, weil das Verfahren über die gegenständliche Auftragsvergabe vor dem 18. April

2016 eingeleitet wurde (§ 186 Abs. 2 GWB i.d.F. des Gesetzes vom 17. Februar 2016 [BGBl. I S. 203]).

1. Die teilweise Zulässigkeit beruht auf folgenden Erwägungen:

Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB und der Rechtsweg zur Vergabekammer sind gemäß §§ 102, 104 Abs. 1 und 2 GWB eröffnet. Denn die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber (§ 98 Nr. 1 GWB) und dem Rechtsstreit liegt ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 Abs. 3 GWB zu Grunde. Zudem wurde der für das vorliegende Nachprüfungsverfahren geltende Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge - unstreitig - bei Weitem überschritten. Da gemäß § 104 Abs. 2 GWB vergaberechtlicher Rechtsschutz nur in einem laufenden Vergabeverfahren gewährt wird, gilt der bei Antragstellung gültige Schwellenwert i.H.v. 207.000,- € (§ 100 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB, § 3 Abs. 1 VgV i.V.m. der Verordnung Nr. 1336/2013 der EU-Kommission vom 13. Dezember 2013 [EU-ABl. L 335 S. 17] und der Bekanntmachung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 19. Dezember 2013 [BAnz. AT 31.12.2013 B1]).

Soweit die Antragstellerin das Fehlen einer gesonderten Zeile bzw. Position für die Funktionszulage in der Kostenkalkulation und damit einen Verstoß gegen das Transparenzgebot gemäß § 97 Abs. 1 GWB gerügt hat, ist der Antrag unzulässig, da sie insoweit mangels fristgerechter Rüge nicht antragsbefugt ist.

Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB sind Vergabeverstöße, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zur in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber zu rügen.

Hier war das Angebot bis zum 13. Oktober 2015 abzugeben; die Abgabe erfolgte bereits einen Tag zuvor. Allerdings wurde die Rüge der Fehlerhaftigkeit einer bestimmten Vergabeunterlage, nämlich der den Bietern in tabellarischer Form vorgegebenen und von diesen auszufüllenden Kostenkalkulation, erst am 21. Dezember 2015 erhoben.

Die Kostenkalkulation zählt zu den Vergabeunterlagen gemäß § 9 EG VOL/A, weil darunter alle Unterlagen fallen, die der Auftraggeber dem Bieter im Vergabeverfahren in der Phase bis zum Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung stellt (Müller-Wrede-Gnittke-Hattig, VOL/A, 3. Aufl. 2010, § 9 EG Rn. 6). Die Vergabeunterlagen umfassen sämtliche Angaben, die für Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren oder zur Angebotsabgabe erforderlich sind (Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-el-Barudi, Vergaberecht, 1. Aufl. 2013, § 9 EG VOL/A Rn. 2).

Die Fehlerhaftigkeit war hier schon vor ihrer Beanstandung erkennbar.

Maßstab für die Erkennbarkeit des Vergaberechtsverstoßes ist die Erkenntnismöglichkeit des Bieters bei Anwendung üblicher Sorgfalt (Kulartz/Kus/Portz-Wiese, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. 2014, § 107 Rn. 122). Vorherrschend wird auf einen objektiven Maßstab eines sorgfältig handelnden und prüfenden Unternehmens abgestellt, das mit den wichtigsten Regeln der öffentlichen Auftragsvergabe vertraut ist (Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Steiff, a.a.O., § 107 GWB Rn. 120). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 - und auch, weil insoweit gleichlautend, Nr. 2 - GWB, die objektiv-passivisch formuliert ist; auch liegt es im Interesse der Rechtssicherheit, insofern einheitliche Maßstäbe anzulegen (Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Steiff, a.a.O., § 107 GWB Rn. 120; a.A. Kulartz/Kus/Portz-

Wiese, a.a.O., § 107 Rn. 112). Damit kommt es auf die übliche Sorgfalt und auf die üblichen Kenntnisse eines durchschnittlichen Bieters an, mittels derer Tatsachen in Vergabeunterlagen von diesem ohne anwaltlichen Rat als Verstoß gegen Bestimmungen des Vergabeverfahrens erkannt werden können (Müller-Wrede-Hofmann, *GWB-Vergaberecht*, 2. Aufl. 2014, § 107 Rn. 34; Heiermann/Zeiss-Summa, *jurisPK-Vergaberecht*, 4. Aufl. 2013/Stand: 2. Juli 2015, § 107 *GWB* Rn. 253-255.4; Ziekow/Völlink-Dicks, *Vergaberecht*, 1. Aufl. 2011, § 107 *GWB* Rn. 50; OLG Frankfurt, *Beschl. v. 23. Juni 2016 - Az.: 11 Verg 4/16 -*). Hinzu treten muss bei ihm das Bewusstsein, dass hieraus in rechtlicher Hinsicht ein Vergabeverstoß resultieren könnte (OLG Frankfurt, *Beschl. v. 23. Juni 2016 - Az.: 11 Verg 4/16 -*).

Bei einem - wie hier - Unternehmen kommt es für die Erkennbarkeit auf die sich als Bieter beteiligenden Unternehmen als solche an, so dass bei innerbetrieblicher Arbeitsteilung etwaige unterschiedliche Kenntnisstände von Mitarbeitern ohne Belang sind (Heiermann/Zeiss-Summa, a.a.O., § 107 *GWB* Rn. 256).

Demzufolge kann die Antragstellerin sich nicht - wie sie es in der mündlichen Verhandlung getan hat - auf die dargetane Gewissenhaftigkeit ihres seinerzeit mit der Kostenkalkulation befassten Sachbearbeiters berufen.

Entscheidend ist, ob es möglich war, die Fehlerhaftigkeit der Kostenkalkulation zu erkennen.

Dies war hier der Fall.

In der vorgegebenen Kostenkalkulation war - unstrittig - keine gesonderte Position bzw. Zeile für die Funktionszulage enthalten, obwohl sie nach dem Leistungsverzeichnis in bestimmter Höhe einzukalkulieren war. Demnach war nicht eindeutig, ob und wo diese Zulage in der tabellarischen Darstellung anzugeben war.

Zwar könnte die Position „Sonstige Kosten“ solch eine Angabe ermöglicht haben, weil diese offensichtlich leere Felder für Eintragungen aufwies. Doch spricht dagegen, dass es sich bei einer Funktionszulage gemeinhin um einen Lohnbestandteil handelt, der allenfalls bei den vorangestellten lohnbezogenen Positionen, insbesondere bei der Position „Tariflohn“, einzutragen gewesen wäre. Allerdings waren dort jeweils keine Eintragungsfelder für Angaben zu einer Funktionszulage ausgewiesen: Namentlich bei der Position „Tariflohn“ war das Feld, in dem Zuschläge anzugeben waren, bereits von der Antragsgegnerin verdunkelt worden, so dass es sichtlich für Eintragungen nicht verfügbar war; bei den Positionen „Lohnnebenkosten (gesetzlich)“ und „Lohnfolgekosten“ waren Unterpositionen aufgeführt, bei denen es sich offensichtlich um eine enumerative, abschließende Aufzählung handelt; die Position „Löhne/Gehälter für Einsatzleitung“ betraf offensichtlich nicht die Leistung für den Kassendienst selbst. Nicht anders verhält es sich bei den leeren Horizontalspalten zwischen den Positionen, da es sich hierbei augenscheinlich um Zwischenräume handelt, mit denen der grafische Abstand der Positionen zueinander illustriert wurde.

Dass diese Fehlerhaftigkeit gerade für die Antragstellerin - und somit, wie teilweise vertreten wird (Kulartz/Kus/Portz-Wiese, a.a.O., § 107 Rn. 112), selbst nach dem individuellen Maßstab des rügeverpflichteten Unternehmen - erkennbar war, ergibt sich aus ihren Eintragungen in der Kostenkalkulation für den Empfang- und Pfortendienst (Bl. 415 d. VA). Indem sie dort zwischen den Positionen „Tariflohn“ und „Lohnnebenkosten (gesetzlich)“ das Wort „Funktionszulage“ einfügte sowie diesbezügliche Zuschläge und Euro-Beträge bezifferte, zeigt, dass sie durchaus erkennen konnte, dass



diese Angaben in den bereits fest vorgegebenen Positionen nicht einzutragen waren. Dass sie selbst die Angaben, insbesondere die Einfügung des Wortes „Funktionszulage“, machte, folgt schon aus dem Vergleich ihrer Angebotsunterlagen mit den Vergabeunterlagen, welche die Antragsgegnerin für die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes bereitgestellt hatte, da in letztgenannten Unterlagen alle Formblätter zur Kostenkalkulation solch eine Position nicht enthielten. Der Umstand, dass sie die besagte Einfügung in der Kostenkalkulation für den Kassendienst gerade nicht vornahm, steht dem nicht entgegen, weil die Formblätter der Kostenkalkulationen für sämtliche ausgeschriebenen Dienstleistungen gleich ausgeführt waren, mithin das gleiche Erscheinungsbild aufwiesen. Ebenso wenig erheblich ist, dass der seinerzeit tätige Sachbearbeiter der Antragstellerin sich - wie sie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat - mit der Bearbeitung der Kostenkalkulationen an verschiedenen Tagen befasst gehabt hätte, denn zum einen enthebt dies nicht der gebotenen Sorgfaltspflicht und zum zweiten war das Angebot mit allen Formblättern zur Kostenkalkulation für die ausgeschriebenen Dienstleistungen bis zum Ablauf der Angebotsfrist abzugeben; letzteres ergibt sich schon aus dem Vermerk „Bitte ausgefüllt dem Angebot beifügen“, der auf jedem dieser Formblätter deutlich angebracht war.

Dass die Antragstellerin ihre Eintragungen nur in der Kostenkalkulation für den Empfang- und Pfortendienst, nicht jedoch in den Kalkulationen für die übrigen Dienstleistungen vornahm, spricht auch für die Annahme eines Bewusstseins um die möglicherweise vergaberechtswidrige Mehrdeutigkeit der in Rede stehenden Vorgaben zur Funktionszulage.

Nach alledem ist die Rüge eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot präkludiert.

Soweit die Antragstellerin den Ausschluss wegen Unvollständigkeit ihres Angebotes gerügt hat, ist sie antragsbefugt. Sie hat durch Abgabe ihres Angebotes ihr Interesse am Auftrag hinreichend bekundet. Zudem hat sie die Verletzung in eigenen subjektiven Rechten gemäß § 97 Abs. 7 i.V.m. Abs. 1 GWB und einen drohenden Schaden durch die Nichterteilung des Zuschlags auf ihr Angebot ausreichend dargelegt. Schließlich hat sie den von ihr geltend gemachten Vergabeverstoß zum möglicherweise fehlerhaften Ausschluss ihres Angebotes gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB binnen sechs Tagen unverzüglich, d.h. ohne schuldhafte Verzögerung, gerügt; dieser Zeitraum liegt innerhalb der von der Rechtsprechung anerkannten, gleichwohl im Einzelfall zu prüfenden Regelfrist von drei bis acht Tagen (s. nur Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 107 GWB Rn. 46 m.w.N.; s. Kulartz/Kus/Portz-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 106; s. ferner Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 32). Den gerügten Verstoß konnte sie durch das Schreiben der Antragsgegnerin vom 15. Dezember 2015, das im Vergabeverfahren versendet wurde, erkennen; ihre Rüge erfolgte am 21. Dezember 2015.

2. Der Antrag hat, soweit er zulässig ist, auch in der Sache Erfolg.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt, da die Antragsgegnerin die Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht eingehalten hat.

Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin zu Unrecht gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. a VOL/A ausgeschlossen. Nach § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A darf ein öffentlicher Auftraggeber ein unvollständiges Angebot - wozu nach Auffassung der Vergabekammer auch solche zählen, in denen einer Erklärung über die Kalkulation der Kosten

eine geforderte Einzelposition nicht ausgewiesen wurde, da dies andernfalls Sinn und Zweck einer Preisabfrage, nämlich dem Auftraggeber für die Angebotswertung und spätere Auftragsabwicklung die erforderliche Sicherheit hinsichtlich der Preise einzuräumen (Müller-Wrede-Horn, VOL/A, 3. Aufl. 2010, § 19 EG Rn. 70), zuwider liefe – nicht ausschließen, solange er sein Ermessen, ob er eine fehlende Erklärung nachfordert, nicht ausgeübt hat (Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Dittmann, VOL/A, 3. Aufl. 2014, § 19 EG Rn. 37). Die Pflicht zur Ermessenbetätigung besteht zwar gemäß § 19 EG Abs. 2 Satz 2 VOL/A grundsätzlich nicht für Preisangaben (1. Halbsatz der eben genannten Vorschrift), es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen (2. Halbsatz dieser Vorschrift). Bei der Beurteilung der Unwesentlichkeit kommt es nicht darauf an, ob das Ergänzen der fehlenden Preisangabe die Wettbewerbsstellung des betreffenden Bieters ändert oder nicht. Gerät weder der Wettbewerb noch die Eindeutigkeit bzw. Vergleichbarkeit des Angebotes in Gefahr, so besteht kein Anlass, solche Angebote von vornherein zwingend auszuschließen. Dass auf diese Weise die Möglichkeit nachträglicher Einzelpreisbildungen geschaffen wird, ist jedenfalls solange unschädlich, wie sowohl die geschützten Belange der öffentlichen Auftraggeber als auch der anderen Bieter nicht negativ berührt werden (Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Dicks, a.a.O., § 19 EG Rn. 116 m.w.N.).

So liegt es hier.

Das Angebot der Antragsstellerin ist unvollständig, weil sie die Funktionszulage für Kassenkräfte nicht in ihrer Kostenkalkulation ausgewiesen hat. Die Antragsgegnerin verhält sich widersprüchlich und verkürzt zu Unrecht den Anwendungsbereich der Ausnahmegesetzvorschrift des § 19 EG Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz VOL/A, wenn sie diese – wie sie vorgetragen hat – nicht für anwendbar hält, weil dem Angebot keine Preisangabe einer Einzelposition „fehlte“, der geltend gemachte Verstoß gegen die Bewerbungsbedingungen aber gleichwohl zum Ausschluss nach § 19 EG Abs. 3 lit. a VOL/A berechtigt haben soll. Der zwingende Ausschluss setzt aber gerade ein solches „Fehlen“ voraus. Die Antragstellerin verkennt dabei grundsätzlich, dass mit § 19 EG Abs. 2 VOL/A dem Auftraggeber bewusst die Möglichkeit geschaffen werden sollte, Erklärungen nachzufordern, um damit zu verhindern, dass Angebote nur deshalb ausgeschlossen werden, weil bestimmte Angaben fehlen (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Scharf, VOL/A, 1. Aufl. 2013, § 19 EG Rn. 85; Müller-Wrede-Horn, a.a.O., § 19 EG Rn. 74). Denn durch diese Regelung kommt der die Nachforderungsmöglichkeit tragende Gedanke zum Ausdruck, wonach den formalen Erfordernissen des Vergaberechts prinzipiell kein größeres Gewicht beigemessen werden darf als es die Sicherstellung der materiellen Vergabegrundsätze fordert (Müller-Wrede-Horn, a.a.O., § 19 EG Rn. 74).

Die Funktionszulage für Kassenkräfte, die nach den Vergabeunterlagen in Höhe von ■■■■■ € einzukalkulieren war, ist auch eine unwesentliche Einzelposition, die sich zwar, wenn sie nachträglich erklärt worden wäre, auf den Gesamtpreis erhöhend auswirkt, nicht jedoch die Gefahr einer Manipulation und mithin einer Verfälschung des Wettbewerbs zugunsten der Antragstellerin zur Folge gehabt hätte. Die Antragstellerin hätte durch ihre Erklärung ihre Wettbewerbsposition lediglich in einer schon im Voraus rechnerisch feststehenden Weise (■■■■■ Stunden x ■■■■■ €) verschlechtern können. Geschützte Belange der Antragsgegnerin als auch der Beigelaudenen, die dadurch negativ berührt würden, sind nicht ersichtlich.

Da die Möglichkeit zur Nachforderung der Preisangabe bestanden hat, hätte die Antragsgegnerin das ihr diesbezüglich zustehende Ermessen pflichtgemäß prüfen müssen. Dies hat sie jedoch nicht getan. Aus der Vergabeakte selbst (s. Bl. 12 d. VA) ergeben sich nämlich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass sich die Antragsgegnerin der Nachforderungsmöglichkeit bewusst gewesen wäre und deshalb ihr Ermessen pflichtgemäß betätigt hätte.

Ob der Vortrag der Antragstellerin zur Nachforderungsmöglichkeit, den sie erst nach der mündlichen Verhandlung in ihren nicht nachgelassenen Schriftsätzen gemacht hat, als - wie die Antragsgegnerin meint - verspätet zurückzuweisen wäre, kann dahin gestellt bleiben. Denn die Antragsgegnerin hat dazu bereits mit ihrem Schriftsatz vom 4. Februar 2016 vorgetragen. Damit wurde § 19 EG Abs. 2 Satz 2 VOL/A schon in einem frühen Stadium des Nachprüfungsverfahrens thematisiert.

Aufgrund der ebengenannten Vorschrift bedurfte es keiner Aufklärung gemäß § 18 EG VOL/A. Zwar wird das Verhältnis zwischen § 18 EG Satz 1 VOL/A und § 19 EG Abs. 2 Satz 2 VOL/A wegen der in beiden Vorschriften geregelten inhaltlich ähnlichen Sachverhalte teils als offen bzw. fraglich angesehen (s. Müller-Wrede-Gnittke-Hatting, a.a.O., § 18 EG Rn. 38-42; s. Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Scharf, a.a.O., § 18 EG Rn. 45 ff). Allerdings ist der Umfang der Nachforderungsmöglichkeit i.S.v. § 19 EG Abs. 2 VOL/A wesentlich weitreichender als die Aufklärungsmöglichkeit des § 18 Satz 1 VOL/A (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Scharf, a.a.O., § 19 EG Rn. 45; wohl auch Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Zeise, a.a.O., § 18 EG Rn. 6 [a.E.]). Nach Auffassung der Vergabekammer besteht bei einer Möglichkeit der Nachforderung von Erklärungen und Nachweisen daher kein Raum für eine Aufklärung des Angebotsinhalts.

Das Vergabeverfahren ist deshalb gemäß § 114 Abs. 1 GWB soweit zurückzusetzen, dass die Antragsgegnerin, sollte sie weiterhin den ausgeschriebenen Auftrag vergeben wollen, im Rahmen der Prüfung der Angebote ihr Ermessen bei der Nachforderungsmöglichkeit ausüben kann.

Insgesamt war daher dem Nachprüfungsantrag stattzugeben.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 4; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 2) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben.

Da die Antragsgegnerin - was vorherrschend nötig ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 16) - ihr Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,- € . Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (s. Müller-Wrede/Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 4, 6, 7). Dabei ist sich am Bruttoauftragswert des Angebots der Antragstellerin zu orientieren (OLG Frankfurt, Beschl. v. 29. August 2014 - Az.: 11 Verg 3/14 -; Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September 2015, § 128 GWB Rn. 19, 283; Heiermann/Zeiss-Summa, jurisPK-Vergaberecht, 4. Auflg. 2013, Stand: 24. April 2014, VT 2 zu § 128 GWB, Rn. 9, 10). Aus diesem ergibt sich hier unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von [REDACTED] € .

Die Antragsgegnerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 1 GWB). Bei der Verpflichtung, dem Grunde nach die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, handelt es sich um eine zwingende Kostenfolge (OLG Frankfurt, Beschl. v. 20. Januar 2016 - Az.: 11 Verg 11/15 -).

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig, da sie sich - wie erforderlich (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 29; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28) - nicht aktiv, d.h. weder mit Schriftsätzen noch in der mündlichen Verhandlung noch mit Anträgen (s. OLG Frankfurt, Beschl. v. 23. Juni 2016 - Az.: 11 Verg 4/16 -) - am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat. Auch ist hier ein ausdrücklicher, bewusster und gewollter Interessengegensatz zwischen Beigeladener und Antragsgegnerin, der für die Erstattungsfähigkeit von Aufwendungen der Beigeladenen gemeinhin vorausgesetzt wird (Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 37; s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28), nicht gegeben. Die Aufwendungen der Beigeladenen waren daher der unterlegenen Antragsgegnerin aus Gründen der Billigkeit nicht aufzuerlegen (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB).

Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin bedurfte wegen ihres Unterliegens keiner Entscheidung gemäß § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 VwVfG (vgl. Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 16; vgl. Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 37).

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,  
- Vergabesenat -,  
Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main,

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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 Be-

---

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Harnisch  
Vorsitzender

Liebig  
Hauptamtlicher Beisitzer