

Leitsätze Vergabekammer Hessen:

Spruchkörper: 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

Aktenzeichen: 69 d – VK 38/ 2010

Entscheidungsdatum: 10.12.2010

Sofortige Beschwerde zum OLG Frankfurt: nein

Gegenstand der Entscheidung: Bauleistungen – Sanierung der Feuerwehrezufahrt/ Abbruch der Lüftungszentrale – Gewerk: Abbruch und Rohbauarbeiten

Art des Vergabeverfahrens: Offenes Verfahren nach VOB/A (2009)

Stichworte: Geheimwettbewerb, Angebotsausschluss, Änderung der Verdingungsunterlagen, fehlende Preisangabe bei unwesentlicher Position

Entscheidungserhebliche Normen: VOB/A (2009): §§ 13 Abs.1 Nr. 5; 16 Abs.1 Nr.1 lit. b, c, d; Abs.1 Nr.3

Leitsätze:

1. Ergänzt die Vergabestelle per Telefax nachträglich, aber noch vor Angebotsabgabe, gegenüber allen potentiellen Bietern das Leistungsverzeichnis um eine Leistungsposition und gibt ein Bieter sein Angebot auf der Grundlage des *ursprünglichen* Leistungsverzeichnisses ab, also ohne Berücksichtigung der ergänzten Unterlagen, ist sein Angebot wegen Änderung der Verdingungsunterlagen zwingend auszuschließen.
2. Die Vergabestelle trifft keine Verpflichtung, wegen der nicht zurückgesandten Eingangsbestätigung bzgl. der ergänzten Leistungsposition bei den Bietern nachzufragen, wenn sie aufgrund des „OK“- Vermerks im Sendeprotokoll von der ordnungsgemäßen und vollständigen Übermittlung des Faxinhalts ausgehen kann.
3. Die fehlende Berücksichtigung der ergänzten Leistungsposition im Angebot eines Bieters kann weder als Fehlen einer „unwesentlichen“ Preisangabe angesehen werden, die gemäß § 16 Abs.1 Nr.1 lit. c VOB/A (2009) nicht zwingend zum Angebotsausschluss führt, noch als fehlende Erklärung gemäß § 16 Abs.1 Nr.3 VOB/A (2009), die nachzufordern wäre.

69 d · VK - 38/2010

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

Wegen

Offenes Verfahren nach VOB/A, Nr. 10-32-120 „Bauvorhaben
- 2. Bauabschnitt: Sanierung der Feuerwehrezufahrt und Abbruch der
Lüftungszentrale, Gewerk: Abbruch und Rohbauarbeiten" ,

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende RD'in Charlotte Mania, die hauptamtliche Beisitzerin ROR'in Jutta Jensen-Löbl und die ehrenamtliche Beisitzerin TAR'in Claudia Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. November 2010 am 10. Dezember 2010 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer. Die Verfahrenskosten werden auf 2.650,00 € festgesetzt.
3. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene war erforderlich.

Gründe:

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 22. Juli 2010 schrieb die Antragsgegnerin im Offenen Verfahren den Bauauftrag nach VOB/A, mit der Ausschreibungs-Nr. 10-32-120, „Bauvorhaben - 2. Bauabschnitt, Sanierung der Feuerwehrezufahrt und Abbruch der Lüftungszentrale, Gewerk: Abbruch und Rohbauarbeiten" aus. Von insgesamt dreizehn Firmen wurden die Verdingungsunterlagen angefordert, fünf von ihnen, darunter auch die Antragstellerin, gaben innerhalb der vorgegebenen Frist ein Angebot ab.

Vor Angebotsabgabe hatte die Antragsgegnerin am 3. September 2010 eine Ergänzung zum Leistungsverzeichnis an alle dreizehn Firmen per Telefax zugesandt. Aus dem Übertragungsprotokoll ging hervor, dass die Antragstellerin sowohl die LV-Austauschseite als auch das dazugehörige Anschreiben am selben Tag um 11:30 Uhr empfangen haben musste.

Am 15. September 2010 fand die Submission statt. Nach dem Submissionsergebnis war die Antragstellerin mindestfordernder Bieter mit einer Angebotssumme von brutto 285.600,00 €.

Mit Schreiben vom 7. Oktober 2010, der Antragstellerin am 11. Oktober 2010 zugegangen, erhielt sie von der Antragsgegnerin die Mitteilung gemäß § 101 a GWB, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da Änderungen an den Verdingungsunterlagen gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1b VOB/A i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A vorgenommen worden seien. Anlässlich einer telefonischen Rückfrage am selben Tag erfuhr sie von einem Mitarbeiter des beauftragten Planungsbüros, dass ihr Angebot wegen des Fehlens der Position, die mit Schreiben vom 3. September ergänzt worden war, habe ausgeschlossen worden müssen.

Nachdem die Antragstellerin mit Schreiben vom 13. Oktober 2010 zunächst „Widerspruch“ gegen den Ausschluss ihres Angebotes eingelegt hatte, rügte sie mit Schreiben vom 19. Oktober 2010 den Ausschluss des Angebotes. Sie forderte die Antragsgegnerin zur Behebung des Vergabefehlers bis zum 19. Oktober 2010, 17:00 Uhr auf.

Darauf meldete sich die Antragsgegnerin jedoch nicht.

Daraufhin stellte die Antragstellerin am 21. Oktober 2010 einen Nachprüfungsantrag, der am darauffolgenden Tag bei der Vergabekammer einging.

Der Ausschluss ihres Angebotes ist nach Meinung der Antragstellerin unbegründet und vergaberechtswidrig. An den Verdingungsunterlagen seien keine Änderungen vorgenommen worden, so dass ein Ausschluss gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A i. V. mit § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A nicht gerechtfertigt sei. Die Begründung der Antragsgegnerin, die Nichtberücksichtigung der nachträglichen Ergänzung des Leistungsverzeichnisses stelle eine Änderung der Verdingungsunterlagen dar, sei unzutreffend. Insoweit handle es sich vielmehr um eine nicht ausgefüllte Preisangabe einer Position.

Der Antragstellerin sei das Schreiben vom 03.09.2010 nicht zugegangen. Eine Bestätigung des Erhalts der Berichtigung der Leistungsbeschreibung sei von ihr deshalb nicht unterschrieben und an die Antragsgegnerin zurückgesandt worden. Dies hätte der Antragsgegnerin auffallen müssen und sie hätte nachfragen müssen. In ihrer Mitteilung der Berichtigung der Leistungsbeschreibung habe sie ausdrücklich formuliert: "Wir bitten Sie, durch unterschriebene Rücksendung dieses Schreibens per Fax an die o. g. Rufnummer, den Erhalt und die Kenntnisnahme zu bestätigen."

Aber selbst wenn der Antragstellerin die Ergänzung des Leistungsverzeichnisses vorgelegen hätte, sei ein Ausschluss ihres Angebotes vergaberechtlich fehlerhaft, da lediglich eine einzelne Preisposition außer Acht gelassen worden sei, die zudem unwesentlich

gewesen sei und die den Wettbewerb nicht beeinflusst habe. Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 c VOB/A sei das Angebot jedenfalls nicht auszuschließen, da es vollständig gewesen sei.

Nach erfolgter Akteneinsicht bemängelt die Antragstellerin ferner, dass ein Vergabevermerk von der Antragsgegnerin nicht geführt worden sei. Die Transparenz des Vergabeverfahrens sei daher nicht gewahrt worden.

Die Korrektur des Leistungsverzeichnisses sei ursächlich für den Ausschluss der Antragstellerin gewesen, dieser hätte nicht erfolgen müssen, wenn der Kopierfehler im Leistungsverzeichnis nicht enthalten gewesen wäre und die Korrektur erforderlich gemacht hätte. Da die Antragsgegnerin die Ursache für diese Fehlerquelle gesetzt habe, sei sie gehalten gewesen, dafür Sorge zu tragen, dass sich hieraus ergebende mögliche Fehlerquellen nicht eintreten. Die Antragsgegnerin sei danach verpflichtet gewesen, den Erhalt der Änderung des Leistungsverzeichnisses bei den Bietern zu überprüfen. So hätte der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin vermieden werden können.

Dem Schreiben sei auch nicht zu entnehmen gewesen, dass eine weitere Position angeboten werden solle. Hätte die Antragstellerin von der korrigierten Seite 24 des Leistungsverzeichnisses Kenntnis gehabt, hätte sie dieses Blatt dem Angebot beigefügt.

Vor einem Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin sei die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, das fehlende, nicht eingereichte Blatt nachzufordern oder mindestens nachzufragen, ob die Antragstellerin die Leistung anbiete. Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (2009) habe der Auftraggeber fehlende Erklärungen oder Nachweise nachzufordern. Dies habe die Antragsgegnerin unterlassen. Sie habe dagegen die Antragstellerin vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen, ohne ihr die Möglichkeit zu geben, das fehlende Blatt nachzureichen. Damit wäre der von der Antragsgegnerin vorgetragene Ausschlussgrund geheilt worden.

Die Antragstellerin beantragt daher:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag in dem Offenen Verfahren Nr. 10-32-120, Projekt _____, Gewerk Abbruch- und Rohbauarbeiten, Bauvorhaben: _____, Bauherr: _____ an die Beigeladene zu erteilen.
2. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
3. Es wird festgestellt, dass die anwaltliche Vertretung der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB notwendig ist.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Den Antrag abzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die anwaltliche Vertretung der Antragsgegnerin notwendig ist.

Sie hält den Nachprüfungsantrag wegen verspäteter Rüge für unzulässig aber auch für unbegründet, weil keine Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten vorliege.

Das Angebot der Antragstellerin habe wegen Änderung der Vergabeunterlagen zwingend ausgeschlossen werden müssen. Aus dem Übertragungsprotokoll der Fax-übersendung vom 3. September 2010 gehe hervor, dass die Antragstellerin sowohl die LV-Austauschseite als auch das dazugehörige Anschreiben empfangen haben musste, da ein „OK“-Vermerk in dem Sendebericht enthalten sei. Dem Rücklauf der gesondert gewünschten Empfangsbestätigung vor dem Submissionstermin, der lediglich eine weitere Zugangsbestätigung sein sollte, komme deshalb keine größere Bedeutung zu, insbesondere habe diese Bestätigung nicht dazu dienen sollen, die Antragstellerin zu schützen.

Bei der Angebotsauswertung sei festgestellt worden, dass die Antragstellerin die nachgereichte Position 1.1.230 (Seite 24 des Leistungsverzeichnisses) nicht beigefügt hatte. Damit habe sie mit einer veralteten Version des Leistungsverzeichnisses angeboten.

Hierin habe eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen (§ 13 Abs.1 Nr.5 VOB/A (2009) gelegen, sodass das Angebot nach §16 Abs.1 Nr. 1 b VOB/A (2009) auszuschließen gewesen sei. Indem sie die Austauschseite unberücksichtigt gelassen habe, habe sie etwas anderes angeboten als die anderen Bieter, die die Austauschseite berücksichtigt hätten. Damit sei das Angebot der Antragstellerin nicht mit den anderen Angeboten vergleichbar gewesen und habe deshalb auch nach der neuen VOB/A ausgeschlossen werden müssen.

Die Antragstellerin gehe fehl in der Annahme, es fehle ihrem Angebot lediglich eine „unwesentliche“ Preisangabe, vielmehr fehle die gesamte Leistungsposition, die im ursprünglichen Leistungsverzeichnis versehentlich vergessen worden sei, samt Preisangabe. Wenn aber eine ganze Position fehle, sei das im Sinne der §§ 16 Abs.1 Nr.1b i. V. m. 13 Abs. 1 Nr.5 VOB/A ein zwingender Ausschlussgrund. Hieran habe sich durch die Neufassung der VOB/A nichts gegenüber der alten Rechtslage geändert. Eine „Heilung“ sei bei dieser Konstellation entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht möglich.

Des Weiteren hätte das Angebot der Antragstellerin aber bereits wegen Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb gem. §16 Abs.1 Nr.1d VOB/A ausgeschlossen werden müssen. Die „aaa“ und die zweitplatzierte Bieterfirma, die „bbb“ hätten laut Handelsregisterauszug denselben Geschäftsführer, deshalb liege es nahe, dass dieser von beiden Angeboten Kenntnis gehabt habe, zumal beide Firmen unter der gleichen Adresse residierten. Auch sei bei der Angebotsbearbeitung der gleiche Fehler aufgetreten, indem beide Bieter die Fax-Mitteilung mit der Änderung des Leistungsverzeichnisses unberücksichtigt gelassen hätten, was auch für eine abgestimmte Bearbeitung der Angebote spräche.

Die mit Beschluss vom 2. November 2010 Beigeladene hält den Nachprüfungsantrag ebenfalls für unzulässig, da nicht rechtzeitig gerügt worden sei, darüber hinaus sei er unbegründet, da die Antragstellerin ein die Vergabeunterlagen änderndes Angebot abgegeben habe. Ferner sei sowohl die Antragstellerin als auch die zweitplatzierte Bieterin wegen Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb vom Verfahren auszuschließen

gewesen, da es sich um wirtschaftlich verbundene Unternehmen mit jeweils dem gleichen Geschäftsführer handele.

Die Beigeladene beantragt daher,

1. Den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
2. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären.
3. Die Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen.

Am 29. November 2010 fand die mündliche Verhandlung mit ausführlicher Erörterung des Sach- und Streitstandes statt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig aber unbegründet, die Antragstellerin ist im Sinne der §§ 97 Abs. 7, 114 Abs.1 GWB nicht in ihren Rechten verletzt.

1. Weder gegen die örtliche noch gegen die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer bestehen Bedenken. Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB liegen vor. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse an dem Auftrag bekundet, § 107 Abs. 2 S. 1 GWB. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sie durch die Verletzung von bieterschützenden Vorschriften des Vergaberechts in eigenen Rechten verletzt ist. Die Möglichkeit infolge eines fehlerhaften Ausschlusses ihres Angebotes nicht zum Zuge zu kommen, führt dazu, dass ihr ein Schaden zu entstehen droht. Damit ist auch die Voraussetzung des § 107 Abs. 2 S. 2 GWB erfüllt.

Die Antragstellerin hat die im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts auch unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gerügt. Sie hat auf die Mitteilung nach § 101a GWB vom 7. Oktober 2010, die ihr unstreitig am 11. Oktober 2010 zugegangen war, zwar erst mit Schreiben vom 19. Oktober 2010, d.h. erst acht Tage später, mit einer Rüge reagiert. Dies wird von der Kammer wie es auch in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gekommen ist, aber als gerade noch rechtzeitig und damit zulässig angesehen. Die Antragstellerin ist damit i. S. v. § 107 Abs. 2 und 3 GWB antragsbefugt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist in der Sache aber unbegründet, die Antragstellerin ist nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs.7 GWB verletzt, da ihr Angebot zu Recht nach § 16 Abs.1 Nr.1c in Verb. mit § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A (2009) von der Wertung ausgeschlossen worden ist.
 - a. Ob es daneben auch wegen Verstoßes gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs hätte ausgeschlossen werden müssen, konnte letztendlich dahingestellt bleiben.

Die Frage, ob das Angebot von der Antragstellerin als Einzelunternehmer der Fa. „XXX“ oder von der fast gleichlautenden Fa. „aaa“ als GmbH abgegeben worden ist und ob es deshalb möglicherweise nicht rechtsverbindlich unterschrieben worden sein kann, da Herr nicht Geschäftsführer der GmbH ist, konnte auch in der mündlichen Verhandlung nicht mit Sicherheit geklärt werden. Die Kammer geht mangels eindeutiger Anhaltspunkte deshalb zugunsten der Antragstellerin davon aus, dass sie ihr Angebot als Einzelunternehmerin abgegeben hat und es damit von Herrn als Inhaber rechtsverbindlich unterschrieben worden ist.

Die Firmenbezeichnungen, unter denen die Antragstellerin gehandelt hat, sind gleichwohl verwirrend und die Tatsache, dass sowohl das Einzelunternehmen als auch die genannte GmbH als auch die zweitplatzierte Bieterin „bbb“ ihren Firmensitz unter derselben Adresse haben, lassen es nach wie vor nicht gänzlich ausgeschlossen erscheinen, dass die Antragstellerin genauere Kenntnis von dem Angebotsinhalt der „bbb“ hatte. Es könnte daher ein Verstoß gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs vorliegen, der einen zwingenden Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin zur Folge hätte.

Diesen Grundsatz sicherzustellen ist Grundvoraussetzung jeder Auftragsvergabe (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. 09. 2003, VerG 52/03).

Nur dann, wenn jeder Bieter die ausgeschriebene Leistung in Unkenntnis der konkurrierenden Angebotsinhalte, -grundlagen, und -kalkulationen anbietet, findet echter Wettbewerb statt (VK Bund, Beschluss vom 16.08.2006, VK 2-74/06). Es mag zwar zutreffen, wie von dem Geschäftsführer der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass er keine Kenntnis der Angebotsabgabe durch die zweitplatzierte Bieterin, zu deren Gesellschaftern er jedoch gehört, hatte. Dies schließt jedoch umgekehrt die Kenntnis des Geschäftsführers der zweitplatzierten Bieterin von dem Angebot der Antragstellerin nicht aus, was zu einem Ausschluss beider Angebote führen müsste.

Die zweifelsfreie Klärung dieser Fragen und der Rechtmäßigkeit eines damit verbundenen zwingenden Ausschlusses der Antragstellerin gem. § 16 Abs.1 Nr.1d VOB/A (2009) konnte aber letztendlich dahingestellt bleiben, da die Antragstellerin zu Recht wegen der Änderung der Verdingungsunterlagen gem. § 16 Abs.1 Nr.1 b VOB/A (2009) ausgeschlossen worden ist.

- b. Da die Antragstellerin die mit Fax- Schreiben der Antragsgegnerin vom 3. September 2010 nachgereichte - zunächst vergessene - Leistungsposition nicht in ihr Angebot mit aufgenommen und mit einer Preisangabe versehen hat, enthielt ihr Angebot eine veraltete Version des Leistungsverzeichnisses und damit eine Änderung der aktuellen Vergabeunterlagen. Durch den Ausschluss von Änderungen an den Vergabeunterlagen soll die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Gleichbehandlung der Bieter sichergestellt werden (Kapellmann/Messerschmidt, Kommentar zur VOB/A, 3. Aufl. 2010, RdNr.9 zu § 16). Jeder Bieter darf nur anbieten, was der öffentliche Auf-

traggeber nachgefragt hat und sich nicht durch eine Abweichung von den Vergabeunterlagen einen Vorteil verschaffen. Dadurch soll die ausschließliche Wertung in jeder Hinsicht vergleichbarer Angebote sichergestellt werden. Das Prinzip der Gleichbehandlung und die im Rahmen der Wertung herbeizuführende Vergleichbarkeit der Angebote erfordern den Ausschluss solcher Angebote, die Änderungen an den Vergabeunterlagen enthalten (Kapellmann a.a.O. m. w. N.).

Demzufolge ist der Begriff der „Änderung“ weit auszulegen. Sie liegt immer dann vor, wenn das Angebot von den Vergabeunterlagen abweicht, sich also Angebot und Nachfrage nicht decken (BGH Urteil vom 01.Aug. 2006, X ZR 115/04). Darunter sind in jedem Fall unmittelbare Einwirkungen auf den Originaltext der Vergabeunterlagen zu verstehen, die den Erklärungsinhalt verändern, etwa durch Entfernen oder Hinzufügen von Unterlagen, Streichungen oder Einfügungen im Text usw. (Kapellmann a.a.O.) Derartige Änderungen sind nach § 13 Abs.1 Nr.5 VOB/A (2009) unzulässig und führen zwingend zum Ausschluss des Angebots.

Die Antragstellerin hat die von der Antragsgegnerin nachgereichte Austauschseite des Leistungsverzeichnisses unberücksichtigt gelassen und damit nicht auf die in diesen Vergabeunterlagen konkretisierte Nachfrage der Antragstellerin geboten. Vielmehr hat sie etwas anderes angeboten als diejenigen Bieter, die diese Seite berücksichtigt haben. Damit war ihr Angebot nicht im oben genannten Sinne mit den anderen Angeboten vergleichbar.

In diesen Fällen sieht auch die neue VOB nur den zwingenden Ausschluss eines solchen Angebotes vor, gem. §§ 16 Abs. 1 Nr.1b i. V. m. 13 Abs.1 Nr.5 VOB/A (2009). Diesen hat die Antragsgegnerin vergaberechtsfehlerfrei vorgenommen.

Dabei ist es auch unerheblich, dass die Antragstellerin die Bestätigung, dass ihr die Fax-Mitteilung der Antragsgegnerin vom 3. September 2010 zugegangen ist, unterlassen hat und die Antragsgegnerin nicht diesbezüglich nachgefragt hat. Wie im Verlauf der mündlichen Verhandlung deutlich geworden ist, hat die Antragstellerin die besagte Fax-Mitteilung entgegen ihrem ursprünglichen Vortrag sehr wohl erhalten. Dass sie die Ergänzung bei ihrer Angebotserstellung nicht berücksichtigt hat, ist wohl darauf zurückzuführen, dass aufgrund eines Versehens innerhalb ihres Büros das Fax dem Geschäftsführer nicht rechtzeitig zur Kenntnis gelangte. Dieses Organisationsverschulden ist jedoch der Antragstellerin zuzurechnen.

Die Antragsgegnerin traf entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch keine Nachforschungspflicht, nachdem sie festgestellt hatte, dass diese die Bestätigung nicht zurückgesandt hatte. Aufgrund des „OK“-Vermerks auf dem Sendeprotokoll konnte sie von einem ordnungsgemäßen Empfang des Fax' ausgehen. Da auch andere Bieter die Bestätigung nicht zurückgesandt hatten, deren Angebot - sofern sie überhaupt eines abgaben - jeweils die Austauschseite zum LV enthielt, bestand für die Antragsgegnerin auch keine Veranlassung ausgerechnet bei der Antragstellerin nachzufragen, warum diese die Bestätigung nicht zurückgesandt hatte, bzw. ob sie die Fax-Mitteilung überhaupt erhalten hatte.

Da die Antragstellerin die LV- Austauschseite mit einer ganzen Position gänzlich unberücksichtigt gelassen hat, geht sie auch fehl in der Annahme, ihrem Angebot fehle lediglich eine „unwesentliche“ Preisangabe, die gem. § 16 Abs.1 Nr. 1c VOB/A (2009) nicht zwingend zum Ausschluss des Angebotes führen könne sondern der Vergabestelle die Möglichkeit geben solle, das Angebot bei Vorliegen bestimmter im 2. Halbsatz formulierter Voraussetzungen ausnahmsweise zu werten. Diese Möglichkeit ist grundsätzlich nur vorgesehen, wenn eine Preisangabe in einer „unwesentlichen“ Position fehlt, nicht dagegen, wenn - wie im vorliegenden Fall - eine ganze Position nicht angeboten wird.

Darüber hinaus wäre auch bei Anwendung dieser Vorschrift zuvörderst zu klären, dass nur bei einer einzelnen unwesentlichen Position die Preisangabe fehlt. Unwesentlich ist eine Position dann, wenn sie in Ansehung des nachgefragten Leistungsgegenstandes von untergeordneter Bedeutung ist und nicht einen erheblichen Teil des gesamten Leistungs- oder Auftragsvolumens beinhaltet. Hierbei hat der Auftraggeber einen weiten Beurteilungsspielraum, der von der Vergabekammer nur eingeschränkt überprüft werden kann (Kapellmann a. a. O. RdNr.21 zu § 16 VOB). Vorliegend wollte die Antragsgegnerin mit der nachgereichten Position 1.1.230 (Seite 24 des LV) ein Angebot zu einem Fußgängerfluchttunnel, der während der Abbrucharbeiten zur Verfügung stehen sollte. Bereits aus der Tatsache, dass es sich hier um eine Sicherungsmaßnahme handelt, die die Antragsgegnerin dazu bewogen hat, Angebote hierzu in jedem Fall noch nachzufordern, kann geschlossen werden, dass es hier nicht um ein unwesentliches Detail gegangen ist. Die weiteren Auswirkungen auf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs bei einer möglichen Wertung dieses Angebotes waren ihrerseits daher gar nicht mehr zu prüfen. Eine ausnahmsweise Wertung des Angebotes der Antragstellerin kam für sie unter diesen Umständen gar nicht in Frage.

Auch die Auffassung der Antragstellerin, die Antragsgegnerin könne die fehlende Preisangabe als fehlende Erklärung gem. § 16 Abs.1 Nr. 3 VOB/A nachfordern ist unzutreffend. Eine solche von der Antragstellerin beanspruchte „Heilungsmöglichkeit“ besteht in diesem Fall nicht. Die Antragsgegnerin ist daher auch zu Recht nicht in dieser Weise tätig geworden. Die Nachforderung fehlender Erklärungen gem. §16 Abs.1 Nr.3 VOB/A soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich auf formale Mängel eines Angebotes beziehen, die in der Vergangenheit oftmals zu Ausschlüssen z.B. wegen fehlender Eignungsnachweise, Produktzertifikate usw. geführt hatten, und dies auch nur dann, wenn ein Angebot nicht bereits nach § 16 Abs.1 Nr. 1 oder 2 VOB/A ausgeschlossen werden muss. Dies trifft aber, wie ausgeführt, auf den vorliegenden Fall nicht zu, denn die Abgabe eines unvollständigen Leistungsverzeichnisses fällt nicht unter die Kategorie eines lediglich formalen Mangels und die Nachforderung der fehlenden Austauschseite durch die Vergabestelle wäre auch aus diesem Grund nicht möglich gewesen.

Ebenso verhält es sich mit der Nachforderung des - nach „Anerkennung des geänderten LV“ durch die Antragstellerin, wie sie es in der mündlichen Verhandlung dargestellt hat-, nur noch fehlenden Preises, da die neue VOB/A, anders als die VOL/ A,

eine solche Preisnachforderung nicht kennt, die sich überdies möglicherweise sogar schädigend als verbotener Bieterkontakt für die Antragsgegnerin hätte auswirken können.

Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin ist somit vergaberechtsfehlerfrei erfolgt, der Nachprüfungsantrag damit unbegründet.

II. Kosten

1. Gemäß § 128 Abs.1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Gebühren erhoben. Kostenpflichtig ist nach § 128 Abs. 3 Satz 1 die Antragstellerin.
2. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Im vorliegenden Fall beläuft sich das Angebot der Antragstellerin auf ca. 285.600 Euro. Hieraus ergibt sich bei Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von 2650,00 Euro.
3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und aus Gründen der Billigkeit auch der Beigeladenen zu tragen, § 128 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, § 80 HVwVfG.