

69d - VK - 47/2015

Leitsätze:

1. An das mit der Rüge vorgebrachte Überprüfungsbegehrens sind keine hohen Anforderungen zu stellen Es reicht aus, wenn die Rüge inhaltlich eine konkrete Beanstandung angibt, die den Auftraggeber in die Lage versetzt, den beanstandeten Fehler nach Überprüfung zu erkennen und zu berichtigen.
2. Zu den Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes von § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c, 2. Halbsatz VOB/A.

Stichworte: Unverzüglichkeit der Rüge, Inhalt der Rüge; Ausnahme vom Ausschluss von der Wertung des Angebots

Normen: § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB, § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c, 2. Halbsatz VOB/A

Streitgegenstand: Bauauftrag Tischlerarbeiten,
nicht offenes Verfahren nach VOB/A

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED]
[REDACTED]

- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

weitere Beteiligte:

[REDACTED]

- Beigeladene -

wegen

Vergabe des Bauauftrags , [REDACTED]
[REDACTED]“, Los 2 und Los 4, [REDACTED]

nichtoffenes Verfahren nach VOB/A,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Stefan Liebig und der ehrenamtlichen Beisitzerin Technische Amtsrätin Claudia Denz-Kinzel

ohne mündliche Verhandlung
am 22. Februar 2016 beschlossen:

- I. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im Vergabeverfahren , [REDACTED]
[REDACTED]“
hinsichtlich der Lose 2 und 4 den Zuschlag auf das jeweilige Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
- II. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Angebotswertung bezüglich der Lose 2 und 4 unter Ausschluss der Angebote der Beigeladenen sowie unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer mit dem Ziel der Zuschlagserteilung fortzusetzen.
- III. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin.
- IV. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt.
- V. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin, eine städtische Gesellschaft, bei der die [REDACTED] Alleingesellschafterin ist, schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 5. Februar 2015 die Vergabe des Bauauftrages zur Rekonstruktion zum Nachbau von Fachwerkgebäuden - hier [REDACTED] für historische Nachbauten - im [REDACTED] im nichtoffenen Verfahren nach VOB/A europaweit aus (HAD-Ref.: [REDACTED] V-Nr./AKZ: [REDACTED]).

Der Auftrag wurde in fünf Lose aufgeteilt. Als Zuschlagskriterium wurde das wirtschaftlich günstigste Angebot bestimmt.

Nach erfolgreicher Beteiligung am Teilnahmewettbewerb wurde der Antragstellerin am 29. Juni 2015 die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes zugesendet. In der darin enthaltenen Ziff. 2 wurde zum Leistungsgegenstand wie folgt zur Beachtung gegeben: „Ebenfalls Gegenstand des Angebots sind die separat beschriebenen und optional zu vergebenden Wartungsarbeiten für die [REDACTED]“. Die weiteren Unterlagen zur Angebotsaufforderung beinhalteten zu den Losen 2 und 4 jeweils einen Vertrag für [REDACTED] und [REDACTED] von technischen Anlagen und Einrichtungen. Gemäß Ziff. 2.1 dieses Vertrages sollten dem Auftragnehmer jährliche [REDACTED] - und [REDACTED] an [REDACTED] übertragen werden. In Ziff. 4. des Angebotsschreibens hatte der Auftragnehmer bei seinen Preisangaben zu Los 2 und 4 jeweils die Bruttosumme der Wartungsleistung und ggf. einen diesbezüglichen Preisnachlass anzugeben. Die [REDACTED] wurden in dem Leistungsverzeichnis „[REDACTED] - Los 2“ und in dem entsprechend lautenden Leistungsverzeichnis zu Los 4 [REDACTED] - Los 4“) näher beschrieben.

Am 31. Juli 2015 gab die Antragstellerin zu allen fünf Losen ihr Angebot ab; am 4. August 2015 tat dies die Beigeladene zu den Losen 2 und 4, am 6. August 2015 zum Los 5. Dabei machte die Beigeladene bei den Losen 2 und 4 jeweils keine Preisangaben zur [REDACTED] ebenso wenig machte sie Angaben zu einem diesbezüglichen Preisnachlass. Die Antragstellerin machte diese Angaben.

Im Eröffnungstermin vom 11. August 2015 wurden die Angebote verlesen; die Antragstellerin nahm an diesem Termin teil.

Am 24. August 2015 beantwortete die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin deren Bieteranfragen zu den nachgerechneten Angebotssummen aller Bieter zu allen Losen, indem sie diese Angaben in einer tabellarischen Aufstellung mitteilte. Darin waren sämtliche Bieter und deren geprüfte Angebotssummen in Nettobeträgen einschließlich Nachlass je zu den Losen dargestellt, zu denen Angebote abgegeben worden waren. Soweit zu den Losen 2 und 4 die jeweilige Angebotssumme eines Bieters angegeben war, war - ausgenommen bei der Beigeladenen - darunter die Bezeichnung „WA“ mit einem bestimmten Geldbetrag eingefügt.

Mit Schreiben vom 31. August 2015 wies die Antragstellerin die Antragsgegnerin u.a. darauf hin, dass die Beigeladene ausweislich dieser Angaben sowohl bei Los 2 als auch bei Los 4 die [REDACTED] nicht angeboten hätte, obwohl diese gefordert waren. Sie forderte von ihr, die Angebote der Beigeladenen daher unumgänglich von der Wer-

zung auszuschließen. Zudem wies sie darauf hin, dass die in der Aufstellung mitgeteilte Angebotssumme der Beigeladenen zu Los 5 nicht derjenigen entspreche, die im Eröffnungstermin verlesen worden war, und bat um Korrektur.

Darauf erklärte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 28. Oktober 2015, dass das Angebot der Beigeladene von der Wertung nicht auszuschließen sei, da die erfolgte Nichtangabe von Preispositionen bei den streitgegenständlichen [REDACTED] unerheblich sei, zumal die dort fehlende Bepreisung keinen Einfluss auf die Wettbewerbsreihenfolge habe. Im Übrigen werde die Ausschreibung zu den Losen 1, 3 und 5 aufgehoben, so dass eine Auftragsvergabe nur zu den Losen 2 und 4 erfolgen werde. Falls die Antragstellerin mit ihrem Schreiben Rügen erheben wollte, wird diesen nicht abgeholfen.

Zwischenzeitlich hatte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 16. September 2015 die Bieter über die Aufhebung der Ausschreibung zu Los 3 informiert; mit Schreiben vom 14. Oktober 2015 tat sie dies hinsichtlich der Aufhebung zu Los 1 und am 28. Oktober 2015 hinsichtlich Los 5.

Mit Schreiben vom 29. Oktober 2015 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin darüber, dass das Angebot der Beigeladenen angenommen werden soll; zugleich informierte sie über die Gründe der Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Mit Schreiben vom selben Tage rügte die Antragstellerin den nicht erfolgten Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu Los 2 und 4 sowie die Aufhebung der Ausschreibung zu Los 5.

Die Antragsgegnerin half diesen Rügen mit Schreiben vom 3. November 2015 erklärtermaßen nicht ab.

Daraufhin stellte die Antragstellerin am 6. November 2015 ihren Nachprüfungsantrag, der am selben Tag bei der Vergabekammer einging.

Sie begründete ihn im Wesentlichen mit ihrer bereits vorgebrachten Rüge. Insbesondere sei die Ausnahmegvorschrift des § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c VOB/A hier nicht anwendbar, da gerade nicht eine einzelne Preisangabe fehlen würde; vielmehr seien für Los 2 - dort insgesamt 10 Positionen - und für Los 4 - dort insgesamt 20 Positionen - ein kompletter Leistungsteil nicht angeboten worden, obwohl dies zwingend erforderlich gewesen wäre. Der nicht angebotene Leistungsteil stelle daher keine unwesentliche Preisposition dar.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im Vergabeverfahren, [REDACTED] Vergabenummer [REDACTED] hinsichtlich der Lose 2 und 4 den Zuschlag auf das jeweilige Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
2. Der Auftraggeberin wird aufgegeben, die Angebotswertung bezüglich der Lose 2 und 4 unter Ausschluss der Angebote der Beigeladenen sowie unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer mit dem Ziel der Zuschlagserteilung fortzusetzen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Am selben Tag übermittelte die Vergabekammer der Antragsgegnerin den Antrag; unter Fristsetzung gewährte sie ihr dazu rechtliches Gehör. Des Weiteren forderte sie binnen bestimmter Frist die Vergabeakte an.

Am 18. November 2015 legte die Antragsgegnerin der Vergabekammer ihre Vergabeakte vor.

Mit Schriftsatz vom 19. November 2015 erwiderte die Antragsgegnerin auf den Nachprüfungsantrag.

Sie beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag abzuweisen;
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären;
3. die Kosten des Nachprüfungsverfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Zur Begründung trug sie im Wesentlichen vor, dass der Nachprüfungsantrag wegen unzureichender Erfüllung der Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 GWB unzulässig sei, da im Nachprüfungsantrag erstmalig mehrere Positionen beanstandet worden seien, ohne zuvor gerügt worden zu sein, obgleich ihr dies bereits in den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen sei. Auch sei der Antrag unbegründet, weil das Angebot der Beigeladenen wegen Unwesentlichkeit der fehlenden Preisposition ausnahmsweise wertungsfähig war; dazu trug sie im Weiteren zusammengefasst den Inhalt ihres Nichtabhilfeschreibens vor.

In der Folgezeit setzte sich die Kontroverse fort.

Mit Beschluss vom 15. Januar 2016 wurde die Beigeladene zum Verfahren beigezogen und es wurde ihr zum bisherigen Schriftverkehr rechtliches Gehör gewährt, wovon sie keinen Gebrauch machte.

Mit Schriftsatz vom selben Tage erklärte die Antragstellerin ihren Verzicht auf eine mündliche Verhandlung.

Mit Verfügung vom 18. Januar 2016 bat die Vergabekammer fristsetzend die übrigen Beteiligten um Mitteilung, ob auch sie einer Entscheidung nach Aktenlage zustimmen.

Mit Verfügung vom 27. Januar 2016 verlängerte sie nochmals die Entscheidungsfrist.

Mit Schreiben vom 28. Januar 2016 stimmte die Beigeladene einer Entscheidung nach Aktenlage zu.

Mit Schriftsatz vom 29. Januar 2016 tat dies die Antragsgegnerin ebenfalls.

Mit Verfügung vom 2. Februar 2016 informierte die Vergabekammer die Beteiligten darüber, dass sie aufgrund deren abgegebenen Erklärungen nach Lage der Akten entscheiden wird.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Die Zulässigkeit beruht auf folgenden Erwägungen:

- a.) Die Antragsgegnerin ist ein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB. Sie ist eine juristische Person des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse einen Teil der [REDACTED] wie der aufzubauen, was insbesondere wegen des historischen und städtebaulichen Bezugs eine Aufgabe nichtgewerblicher Art darstellt. Außerdem erfüllt die Antragsgegnerin als hundertprozentige Tochtergesellschaft der [REDACTED] am Main die Finanzierungs-, Leitungs- und Beherrschungsvoraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB.
- b.) Bei dem mit dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren zu vergebenden Auftrag handelt es sich auch um einen öffentlichen (Bau-)Auftrag i.S.d. § 99 Abs. 1, 3 GWB.
- c.) Der Anwendungsbereich des IV. Teils des GWB ist eröffnet, da der Auftragswert des streitgegenständlichen Gesamtauftrags [REDACTED] gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB, §§ 2 Nr. 3, 3 Abs. 7, Abs. 9 VgV den maßgeblichen Schwellenwert von 5.186.000,-- € deutlich überschreitet. Die Antragsgegnerin hat daher auch die Fachlose zu den [REDACTED] und [REDACTED] europaweit im nicht offenen Verfahren nach § 3 EG Abs. 3 VOB/A ausgeschrieben.
- d.) Die Antragstellerin ist antragsbefugt i.S.d. § 107 Abs. 2 GWB, da sie ausweislich ihres Teilnahmeantrages Angebotes ein Interesse am streitgegenständlichen Auftrag hat, und eine Verletzung ihrer Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB sowie einen drohenden Schaden geltend macht.
- e.) Die Antragstellerin ist auch ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unverzüglich und vollständig nachgekommen.

Soweit die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 31. August 2015 auf den nicht erfolgten Ausschluss der Angebote der Beigeladenen hinweist und deren Ausschluss fordert, ist es als Rüge anzusehen. Zwar wurde diese Rüge erst sieben Tage nach der Mitteilung der Antragsgegnerin vom 24. August 2015, aufgrund dessen die Antragstellerin Kenntnis vom beanstandeten Vergabeverstoß erlangt hatte, erhoben, doch wird in – wie hier – durchschnittlichen Fällen für die Rügefrist eine Zeitspanne von fünf bis sieben Tagen für angemessen gehalten (Kulartz/Kus/Portz-Wiese, GWB, 3. Auflg. 2014, § 107 Rn. 106 m.w.N.). Dem wurde hier Genüge getan.

Zudem hat sie bereits einen Tag nach Erhalt der Bieterinformation mit Schreiben vom 29. Oktober 2015 die Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der Beigeladenen klar, deutlich und konkret gerügt.

Dass die Antragstellerin seinerzeit noch nicht explizit gerügt hat, dass „für das Los 2 insgesamt 10 Positionen und für das Los 3 sogar insgesamt 20 Positionen zu bepreisen gewesen sind“, ist unerheblich. Es reicht aus, wenn die Rüge inhaltlich eine konkrete Beanstandung angibt, die den Auftraggeber in die Lage versetzt, den beanstandeten Fehler nach Überprüfung zu erkennen und zu berichtigen (Ziekow/Völlink-Dicks, Vergaberecht, 2. Auflage 2013, § 107 GWB Rn. 53 m.w.N.). An die Erkennbarkeit des mit der Rüge vorgebrachten Überprüfungsbegehrens sind keine hohen Anforderungen zu stellen (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O. § 107 GWB Rn. 53). Diesen Anforderungen genügten die Rügen vom 31. August 2015 und vom 29. Oktober 2015; Details brauchen nicht gerügt zu werden.

f.) Schließlich ist der Nachprüfungsantrag auch fristgerecht gestellt worden. Die dafür geltende Frist von 15 Kalendertagen nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB ist eingehalten, indem die Antragstellerin schon auf das erste Nichtabhilfes Schreiben der Antragsgegnerin vom 28. Oktober 2015 hin bereits nach acht Kalendertagen den vorliegenden Nachprüfungsantrag gestellt hat.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die Antragsgegnerin hat gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoßen und dadurch die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt (§ 97 Abs. 7 GWB).

Die Angebote der Beigeladenen zu den Losen 2 und 4 des streitgegenständlichen Auftrags sind gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zwingend von Vergabevorschriften auszuschließen. § 16 EG VOB/A-EG und die übrigen Vorschriften der VOB/A-EG sind hier - obwohl neben Bauleistungen auch Dienstleistungen in Form von Wartungsarbeiten beschafft werden sollen - gemäß § 99 Abs. 3 GWB, § 6 Abs. 1 VgV anwendbar, da Hauptgegenstand des Auftrags vorliegend die Bauleistungen sind (§ 99 Abs. 11 GWB).

a.) Gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c) i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A sind Angebote, die die geforderten Preise nicht enthalten, zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Mai 2005 - Az.: X ZR 243/02 -).

Solche fehlenden Preisangaben sind vorliegend festzustellen. Die Beigeladene hat für [REDACTED] der Lose 2 und 4 jeweils überhaupt kein Angebot abgegeben, so dass diesbezügliche Preisangaben vollständig fehlen.

Auch kann aus dem Umstand, dass es sich bei der [REDACTED] jeweils nur um eine optionale Leistung handelt, nicht geschlossen werden, dass die Einreichung der betreffenden Preise den Bietern freigestellt gewesen wäre und eine Nichteinreichung sanktionslos bleiben sollte. Denn der optionale Charakter bezieht sich darauf, dass der Auftraggeber frei entscheiden darf, ob er die Leistung abrufen will, was jedoch nichts daran ändert, dass die Bieter verpflichtet gewesen sind, die optionale Leistung anzubieten.

b.) Die Angebote der Beigeladenen zu den Losen 2 und 4 können auch nicht ausnahmsweise nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c, 2. Halbsatz VOB/A in der Wertung verbleiben.

Nach dieser Vorschrift sind solche Angebote von dem Ausschließungsgrund des § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c, 1. Halbsatz VOB/A ausgenommen, bei denen lediglich in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt und durch die Außerachtlassung dieser Position der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge, auch bei Bewertung dieser Position mit dem höchsten Wettbewerbspreis, nicht beeinträchtigt werden.

Für eine Annahme dieses Ausnahmetatbestandes müssen die einzelnen Voraussetzungen kumulativ vorliegen.

Die Angebote der Beigeladenen zu den Losen 2 und 4 sind keine solchen, bei denen lediglich in einer einzelnen unwesentlichen Position die Preisangabe fehlt.

aa.) Denn zum einen ist hier hinsichtlich der Angebots-Preisangaben bereits keine einzelne unwesentliche Position betroffen.

Dies ergibt sich entscheidend bereits daraus, dass bei den Angeboten der Beigeladenen für die Lose 2 und 4 jeweils ein kompletter Leistungs- und Preisteil, nämlich Leistungen und Preise für die jeweiligen [REDACTED] fehlt, die gegenüber den jeweiligen Hauptleistungen ([REDACTED]) im Leistungsverzeichnis als Teilleistung beschrieben wurden.

Dass die Wartungsarbeiten zwingend anzubieten und zu bepreisen waren, ergibt sich ohne weiteres bereits aus der Definition des Leistungsgegenstandes unter Ziffer 2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe, wo es eindeutig heißt, dass „ebenfalls Gegenstand des Angebots (...)“ die [REDACTED] für die [REDACTED] bzw. für die [REDACTED] und [REDACTED] sein müssen. Hinzu kommt, dass der diesbezügliche [REDACTED] in der Angebotsaufforderung mit enthalten war.

Hinzu kommt noch, dass bezüglich der anzubietenden [REDACTED] für das Los 2 insgesamt 10 Positionen und für das Los 4 insgesamt sogar 20 Positionen zu bepreisen waren. Daran ändert auch die Möglichkeit einer anderen Ausschreibungsform in Gestalt einer Abfrage des [REDACTED] für nur ein Jahr verbunden mit einem Hinweis, dass bis zu fünf Jahre abrufbar sein sollen, nichts; eine solche andere Ausschreibungsform ist eben tatsächlich hier gerade nicht gewählt worden und hat daher als hypothetisch außer Betracht zu bleiben.

Da somit den Angeboten der Beigeladenen zu den Losen 2 und 4 nicht nur in einer einzelnen Preisposition Angaben fehlen, sind diese Angebote schon deshalb zwingend nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A von der Wertung auszuschließen.

- bb.) Zum zweiten sind die Angebote der Beigeladenen zu den Losen 2 und 4 aber auch deshalb gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A von der Wertung auszuschließen, weil es sich bei den Preisangaben für die [REDACTED] nicht um eine einzelne unwesentliche Position handelt.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus folgenden Gründen:

Für die Abgrenzung, ob es sich bei einer in Rede stehenden Preisposition noch um eine unwesentliche oder schon um eine wesentliche handelt, ist zutreffenderweise entscheidend auf die durchschnittliche prozentuale Relation des Preises für die betreffende Position zum Gesamtangebotspreis abzustellen und eine Unwesentlichkeit der Preisposition jedenfalls dann zu verneinen, wenn die in Rede stehende Preisposition durchschnittlich 1 % oder mehr des Gesamtangebotspreises beträgt (Ziekow/Völlink-Vavra, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 13). So liegt der Fall hier. Die Position [REDACTED] betrifft bei den mit [REDACTED] eingereichten Angeboten bei Los 2 durchschnittlich 1,09 % der Gesamtauftragssumme, bei Los 4 sogar 4,82 % der Gesamtauftragssumme.

Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, dass die bisherige vergaberechtliche Rechtsprechung dementsprechend eine Unwesentlichkeit einer Preisposition tatsächlich nur bei viel geringeren

Anteilen als 1 % des Gesamtangebotspreises angenommen hat (vgl. Pünder/Schellenberg- Ruhland, Vergaberecht, 2. Auflage, 2015, § 16 VOB/A, Rn. 22 m.w.N.).

Wenn man ergänzend als Kriterium für eine unwesentliche Position auf eine absolute Preisobergrenze (Durchschnittswert) für die betroffene Preisposition abstellen wollte, so wäre diese nach Ansicht der Vergabekammer bei ca. ████████ € anzunehmen. Diese wäre für die Wartungsarbeiten bei Los 2 zwar nicht überschritten, bei Los 4 mit ████████ € aber deutlich überschritten.

Zusätzlich vor allem zu vorstehend abgehandelten und zugrundegelegten prozentualen Preisrelation ist nach Überzeugung der Vergabekammer noch darauf abzustellen, dass die ████████ gegenüber den Bauarbeiten inhaltlich eine eigenständige, wesentlich andere Leistung darstellen, und dass ohne Wartungen die Funktionsfähigkeit der ████████ und ████████ nicht zuverlässig sichergestellt ist. Auch diese Umstände führen dazu, dass die Preispositionen der ████████ nicht als unwesentliche Preisangaben eingestuft werden können.

Ebenso haben in einem vergleichbaren Fall auch hinsichtlich von ████████ im Ergebnis auch die erste Vergabekammer des Bundes (1. VK Bund, Beschl. v. 23. Mai 2014 - Az.: VK 1 - 30/14 -) und darauf folgend das OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24. September 2014 - Az.: VII-Verg 19/14 -) entschieden.

cc.) Auf ein Fehlen einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs und der Wertungsreihenfolge (§ 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. c, 2. Halbsatz VOB/A) kommt es demnach nicht mehr an.

Nach alledem war dem Nachprüfungsantrag stattzugeben.

Der Antragsgegnerin war daher gemäß § 114 GWB zu untersagen, im vorliegenden Vergabeverfahren hinsichtlich der Lose 2 und 4 den Zuschlag auf das jeweilige Angebot der Beigeladenen zu erteilen, und aufzugeben, die Angebotswertung diesbezüglich unter Ausschluss der Angebote der Beigeladenen mit dem Ziel der Zuschlagserteilung fortzusetzen.

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, GWB, 2. Auflg. 2014, § 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: 2. Juli 2015, VT 2 zu § 128 GWB, Rn. 9, 10). Aus dem angebotenen Auftragswert, der ausweislich des Angebotsschreibens der Antragstellerin vom 31. Juli 2015 als Bruttopreis angegeben war, ergibt sich 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). Aufwendungen der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig, da sie sich nicht - wie für die Erstattung vorausgesetzt wird (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 29; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28) - mit eigenen Sach- und Rechtsüberlegungen am Nachprüfungsverfahren aktiv beteiligt hat. Die von ihr abgegebene Zustimmungserklärung zur Entscheidung nach Aktenlage ändert daran nichts, weil es sich hierbei - wie bei der Antragstellung - um eine Verfahrenshandlung handelt. Da die gerade alleinige Antragstellung für die Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen von Beigeladenen nicht entscheidend ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 29), gilt dies auch für die Zustimmung gemäß § 112 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. GWB.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 - Az.: 11 Verg 10/13 -) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der im Vergabenachprüfungsverfahren grundsätzlich geltenden kurzen Frist und der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragsgegnerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 HVwVfG). Die Notwendigkeit beruht auf der maßgeblichen ex-ante Betrachtung aus Sicht eines verständigen Beteiligten (Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 33).

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 Beschwerdeschrift 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

Harnisch
Vorsitzender

Liebig
Hauptamtlicher Beisitzer