



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

1. Der Ausschluss eines Angebotes ist nur zulässig, wenn die Leistungsbeschreibung gerade auch in Bezug auf den Ausschlussgrund eindeutig gewesen ist.
2. Die nachträgliche Konkretisierung der Leistungsbeschreibung ist grundsätzlich zulässig und möglich.
3. Zu den Grenzen der Aufklärung von Angeboten, wenn die Leistungsbeschreibung nicht eindeutig war.
4. Die Entscheidungen oder Verfahrenshandlungen von Fachplanern gegenüber Bietern muss sich eine Vergabestelle grundsätzlich zurechnen lassen. Denn die Bieter kennen in der Regel die internen Vereinbarungen zwischen Vergabestelle und Fachplaner nicht.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen des EU-Vergabeverfahrens schlüsselfertige Errichtung der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxAnstalt xxxxxx - Generalunternehmerleistung (2015/S 211-382015)

VK 1 - 36/16

der xx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

Rechtsanwälte xxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen

den xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx NRW
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegner

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Beigeladene

XXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 19.10.2016 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, die hauptamtliche Beisitzerin Trottenburg und den ehrenamtlichen Beisitzer Wiegard

am **25. Oktober 2016** beschlossen:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Der Antragsgegner wird verpflichtet, unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer, die Wertung der Angebote zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxxxxx€ festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden dem Antragsgegner und der Beigeladenen als Gesamtschuldner auferlegt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb am 30.10.2015 Generalunternehmerleistungen zum Neubau der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx Anstalt xxxxxxxxxxxxxxxx im nicht offenen Verfahren europaweit aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Der Auftragswert beläuft sich auf ca. 50 Mio. €.

Die im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Bieter wurden zur Abgabe eines Angebotes bis zum 31.5.2016 aufgefordert. Der Aufforderung war eine umfangreiche Funktionale Bau- und Leistungsbeschreibung beigefügt, die mehr als 600 Seiten umfasste.

Die Vergabeunterlagen enthielten zudem eine Liste der mit dem Angebot einzureichenden Unterlagen und eine Fabrikatsliste. In dieser Fabrikatsliste wird Bezug genommen auf ganz bestimmte Positionen in der Leistungsbeschreibung, und zwar gab es dort insgesamt 16 Positionen. Die Bieter sollten zu diesen Positionen eintragen, welches „Angebotene System/ Fabrikat“ sie mit ihrem Angebot offerieren. Eine Ausfüllanleitung oder einen besonderen Hinweis auf diese Liste enthielten die Vergabeunterlagen nicht. Die Parteien streiten um mehrere Eintragungen in der Fabrikatsliste, die von der Antragstellerin mit dem Angebot vorgelegt wurde.

Die Antragstellerin gab am 31.05.2016 ein Angebot ab. Sie hatte in ihrem Angebot in der Spalte "Angebotenes System/Fabrikat" bei den Positionen 5.11.01 (Dacheindeckung) und 5.16.01 (Haftraumtür) das von ihr angebotene Fabrikat mit der Ergänzung "o.glw." versehen.

Bei einigen anderen Positionen zur Innenbeleuchtung und zu den Außenanlagen hatte die Antragstellerin Mehrfachangaben gemacht, die aber in der mündlichen Verhandlung mit den Parteien geklärt werden konnten. Tatsächlich wurden dort immer nur ein Hersteller und ein Produkttyp angegeben. Diese Positionen stehen nach der Verhandlung somit nicht mehr im Streit.

Weiterhin im Streit stehen noch die Position 6.4.10.08 (Innenbeleuchtung) und einige Positionen zur Gebäudeautomation (Pos. 6.6.8.01a; 6.8.05.01 und 6.8.10.01a). Dort hatte die Antragstellerin jeweils zwei bzw. drei Hersteller angegeben.

Zudem hatte die Antragstellerin im Formblatt 213 die Kosten für die Wartungsarbeiten nicht für einen Zeitraum von einem Jahr angegeben, sondern diesbezüglich den Betrag übernommen, der sich aus dem Preisblatt ihres Angebots ergab. Dort war ein Preis für die Wartungsarbeiten für insgesamt vier Jahre anzugeben.

Das Angebot der Antragstellerin war preislich das wirtschaftlichste Angebot, gefolgt von dem auf dem 2. Rang liegenden Angebot der Beigeladenen. Dennoch schloss der Antragsgegner das Angebot der Antragstellerin aus, weil die Eintragungen in der Fabrikatsliste nicht deutlich genug waren.

Zuvor hatte der Antragsgegner alle Angebote insbesondere in Bezug auf die Eintragungen in der Fabrikatsliste überprüft. Dafür hatte der Antragsgegner ein Planungsbüro und ein Ingenieurbüro eingeschaltet, die eine Aufklärung der Angebote in technischer Hinsicht vornahmen.

Bereits mit Schreiben vom 1.7.2016 stellte die Antragstellerin unaufgefordert Unklarheiten ihres Angebots klar. Unter anderem wies sie darauf hin, dass die unter Ziff. 5.11.01 und 5.16.01 angebotenen Fabrikate "Braas Tegalit" zur Dacheindeckung und "MGT" zur Haftraumtür jeweils mit dem Zusatz "o.glw" unklar formuliert worden seien. Dieser Zusatz habe nichts zu bedeuten und sei versehentlich durch einen Kopierfehler hinzugefügt worden. Dies wurde zunächst vom beauftragten Ingenieurbüro akzeptiert. Es gab keine weiteren Nachfragen dazu.

Anschließend forderte das vom Antragsgegner beauftragte Ingenieurbüro mit Schreiben vom 12.7.2016 sowohl von der Antragstellerin als auch von der Beigeladenen und einem weiteren Bieter, die „Ergänzung“ der Fabrikatsliste in Bezug auf die dort jeweils erfolgten Eintragungen. Welche Positionen betroffen waren, ergab sich aus einer beigefügten Übersichtsliste, die die Positionen der Fabrikatsliste wiederholte

und die von den Bietern verlangte, bei den noch nicht geklärten Positionen, Eintragungen zu machen. Allen Bietern wurde dafür eine Frist von 6 Tagen gesetzt.

Hinsichtlich des Angebots der Beigeladenen wurden in Bezug auf die Fabrikatsliste konkrete Angaben zu den Produkten nachgefordert, die von der Beigeladenen auch entsprechend ergänzt wurden.

Die Antragstellerin wurde zudem aufgefordert, in den Positionen mit den Mehrfachnennungen, sich auf ein Fabrikat festzulegen. Zu den Positionen 5.11.01 (Dacheindeckung) und 5.16.01 (Haftraumtür) enthielt die Aufstellung die Bemerkung: "eindeutige Fabrikatsangabe mit Schreiben vom 01.07.2016 erfolgt." Zu der Position 6.6.8.01a hatte das Ingenieurbüro vermerkt: „keine Typenangabe erforderlich, da nur ein System vorhanden“.

Die Antragstellerin antwortete mit Schreiben vom 18.07.2016 und ergänzte zu den Positionen 5.16.01, 6.4.5.02 und 7.1.9.03 ihre bisherige Herstellerangabe um eine Typenangabe. Zu den Positionen 6.8.05.01 und 6.8.10.01a legte sie sich auf einen der drei im Angebot benannten Hersteller fest und ergänzte die Typenangabe. Auch in Bezug auf die hier nicht mehr im Streit stehenden Positionen gab die Antragstellerin die geforderten Erklärungen ab.

Ausweislich der Vergabeunterlagen stellte das vom Antragsgegner beauftragte Ingenieurbüro zunächst fest, dass die von der Antragstellerin in der Fabrikatsliste angebotenen Systeme/Fabrikate unter Berücksichtigung ihrer Angaben im Schreiben vom 1.7.2016 und der im Rahmen der Aufklärung mit Schreiben vom 18.7.2016 gemachten Angaben "den technischen Anforderungen entsprechen“.

Im Vergabevorschlag (Bl. 99 der Vergabeakte) weist das beratende Ingenieurbüro dann aber darauf hin:

Bei dem Angebot der Antragstellerin handelt es sich aufgrund von nicht eindeutigen Angaben und von Mehrfachnennungen bei den System- und Fabrikatsangaben zum Zeitpunkt der Submission um ein formal unbestimmtes Angebot. Die fehlenden System und Fabrikatsangaben wurden durch die Schreiben vom 1.7.2016 und 18.7.2016 eindeutig festgelegt und benannt. Das Fehlen einer eindeutigen System-/Fabrikatsangabe zum Zeitpunkt der Submission führt gemäß VOB bei der Wertung von Angeboten nach unserer Einschätzung zu einem Ausschluss des Bieters. Eine abschließende juristische Klärung des Ausschlusses des Angebots ist durch den BLB NRW Münster durchzuführen.

Der Antragsgegner hat dann im Vergabevermerk vermerkt, dass nach Abstimmung mit dem Justizariat das Angebot der Antragstellerin wegen Mehrfachnennungen bei dem System/Fabrikatsabfragen und wegen dem Zusatz „oder gleichwertig“ auszuscheiden sei.

Der Zuschlag soll auf das Angebot der mit Beschluss vom 21.9.2016 Beigeladenen erteilt werden.

Mit Schreiben gemäß § 101a GWB vom 8.9.2016 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen werde, weil die von ihr vorgenommenen Eintragungen nicht eindeutig seien. Sie habe in einigen Positionen Doppelangaben bei den Fabrikatsangaben (mehrere Fabrikate benannt und "oder gleichwertig" hinzugefügt) sowie eine unpräzise Fabrikatsangabe vorgenommen. Dies sei jeweils als nicht zweifelsfreie Angabe gemäß § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zu werten. Die teilweise Unvollständigkeit angebotsbezogener Erklärungen

und Nachweise stelle ein formal nicht hinreichend bestimmtes Angebot dar und führe somit zum Ausschluss nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1b) VOB/A.

Mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 8.9.2016 rügte die Antragstellerin den Ausschluss und verfolgt ihre Beanstandungen in dem am 14.9.2016 eingeleiteten Nachprüfungsverfahren weiter.

Die Antragstellerin meint, der Ausschluss ihres Angebots sei vergaberechtswidrig und verletze sie in ihren Rechten.

Der behauptete Ausschlussgrund gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1b) VOB/A i.Vm. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 S. 1 bzw. S. 2 VOB/A liege nicht vor. Denn sie habe weder die Vergabeunterlagen geändert noch mit ihrem Angebot einen von den vorgegebenen Leistungsbedingungen abweichenden Leistungsinhalt angeboten. Auch habe sie ihre Eintragungen im Angebot nicht geändert, so dass sich die Frage nach der Zweifelhafigkeit der Eintragungen gar nicht stelle.

Die Antragstellerin meint, dass ihr Angebot umfangreich und in einem zulässigen Umfang aufgeklärt worden sei, so dass die fehlende Bestimmtheit gar nicht mehr vorliege.

Die Antragstellerin trägt zunächst vor, dass die Forderungen des Antragsgegners in der Leistungsbeschreibung nicht eindeutig gewesen seien. Aus den Ausschreibungsunterlagen lasse sich nicht entnehmen, dass zu jeder der Position in der Fabrikatsliste nur ein einziges Fabrikat angegeben werden durfte. Dem Wortlaut könne man das nicht entnehmen; es handele sich schließlich nur um eine Überschrift, und zwar auch für diejenigen Positionen, bei denen – wie beispielsweise für die Innenbeleuchtung – eine Vielzahl von Produkten anzugeben waren. Letztlich habe der Antragsgegner nur die möglicherweise in Betracht kommenden Fabrikate abgefragt.

Speziell für Positionen der Innenbeleuchtung (Pos. 6.4.10.08 ff.) sei es ausweislich der Vergabeunterlagen nicht erforderlich gewesen, nur ein Fabrikat anzubieten. Auf Seite 452 der Leistungsbeschreibung finde sich der Hinweis, dass möglichst wenig unterschiedliche Beleuchtungskörper einzusetzen seien. Daraus könne man schlussfolgern, dass gerade nicht verbindlich nur ein Fabrikat in dieser Position angegeben werden konnte. Demgegenüber habe der Antragsgegner in Bezug auf andere Positionen, wie beispielsweise den Pumpen, ausdrücklich ein einheitliches Fabrikat gefordert.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners sei die Fabrikatsliste auch nicht „selbsterklärend“ gewesen, weil sämtliche Bieter diese nicht wie gewünscht vom Antragsgegner ausgefüllt hätten. Auch aus den Vergabeunterlagen habe sich nicht ergeben, in welchem Umfang die Fabrikatsliste auszufüllen war. Der Antragsgegner habe in den Vergabeunterlagen nicht erklärt, welche Angaben zu Systemen, Fabrikaten, Produkten, Herstellern, Typen etc. bereits mit dem Angebot vorzulegen sind. In der Aufklärung hätten die Bieter dann den Hersteller und den Typ nennen sollen, obwohl dies nicht mit der Forderung in der Fabrikatsliste, wonach „System/Fabrikat“ gefordert war, übereinstimme.

Nach Auffassung der Antragstellerin habe das beratende Ingenieurbüro die Angaben in den Angeboten der Bieter bzgl. der Fabrikatsliste zulässigerweise deshalb aufgeklärt. Diese Aufklärung müsse sich der Antragsgegner zurechnen lassen, weil er das Ingenieurbüro beauftragt habe.

Darüber hinaus trägt die Antragstellerin vor, dass die Wertung des Antragsgegners nicht mehr nachvollziehbar sei, weil einerseits das beratende Ingenieurbüro Angaben zu einzelnen Positionen, wie beispielsweise der Innenbeleuchtung, für eindeutig gehalten habe, und dies sich auch so aus dem Vergabevorschlag ergebe, aber im Anschluss daran seien dann diverse Positionen nicht mehr eindeutig gewesen.

Die Antragstellerin meint, dass die Auffassungen des beratenden Ingenieurbüros und des Antragsgegners schon nicht einheitlich wären. Daraus folge unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, dass der Auftraggeber den Ausschluss eines Angebots nicht auf nicht eindeutige Angaben des Bieters stützen dürfe, wenn schon seine eigenen Anforderungen in den Vergabeunterlagen nicht klar und eindeutig sind.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass der zunächst in ihrem Angebot in den Positionen 5.11.01 und 5.16.01 gemachte Zusatz „o.glw.“ bereits unaufgefordert von ihr korrigiert bzw. gestrichen worden sei. Es habe sich dabei um einen Kopierfehler gehandelt, also um ein Versehen ihrerseits. Diese Klarstellung sei zulässig gewesen. Denn im Falle einer funktionalen Leistungsbeschreibung lege sich der Bieter mit der Benennung eines Leitfabrikats bereits endgültig fest. Etwas anderes mache auch der Auftraggeber nicht, wenn er selbst auf technische Spezifikationen in seiner Leistungsbeschreibung mit dem Hinweis „oder gleichwertig“ hinweise. Die Antragstellerin tritt der Auffassung des Antragsgegners, dass man sich insgeheim eine Wahlmöglichkeit erhalten wolle, entschieden entgegen.

Die Antragstellerin meint unter Hinweis auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015, Verg 35/15, dass der Antragsgegner dann, wenn er die Angaben zu den beiden Positionen in ihrem Angebot nicht für „zivilrechtlich eindeutig“ gehalten habe, er diese hätte aufklären müssen. Anscheinend sei ihm aufgrund des Angebots nicht klar gewesen, welches Fabrikat verwendet werde. Bei nicht eindeutigen oder widersprüchlichen Angaben bestehe danach aber eine Aufklärungspflicht.

Zudem verweist die Antragstellerin auf Art. 56 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU (AVR), der hier nach Umsetzung der Richtlinie auch für den Bereich der VOB unmittelbar gelte. Danach seien fehlerhafte Angaben zu korrigieren, wobei der Auftraggeber einen Ermessensspielraum habe. Den habe der Antragsgegner hier zulässigerweise ausgeübt und müsse sich daran ebenfalls festhalten lassen.

Zudem meint die Antragstellerin, dass die Grenzen der zulässigen Aufklärung gemäß § 15 Abs. 3 EG VOB/A hier nicht überschritten worden seien. Vielmehr seien nur Klarstellungen und Präzisierungen im geringfügigen Umfang im Angebot vorgenommen worden, was zulässig sei. Der Antragsgegner habe zulässig aufgeklärt und die gewünschte Eindeutigkeit hergestellt. Daran müsse er sich festhalten lassen. Die Antragstellerin habe hier selbst – ohne Aufforderung durch den Auftraggeber – die erforderliche Klarstellung vorgenommen, was der Antragsgegner auch akzeptiert habe. Mit der Leugnung seiner eigenen Aufklärungsergebnisse verkenne der Antragsgegner seine Aufklärungspflichten aus § 15 EG Abs. 3 VOB/A. Da der Antragsgegner die Klarstellungen der Antragstellerin mit seinem Aufklärungsschreiben vom 12.7.2016 akzeptiert habe, sei es ihm vergaberechtlich verwehrt, diese Aufklärungsergebnisse nachträglich zu negieren.

Die Antragstellerin weist diesbezüglich darauf hin, dass aufgrund der funktionalen Leistungsbeschreibung Besonderheiten bei der Aufklärung zu berücksichtigen seien.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners dürften nicht eindeutige Erklärungen präzisiert werden. Das OLG Saarbrücken, B. vom 23.11.2005, konstatiere, dass es bei der komplexen Ausschreibung eines funktionellen Leistungsprogramms kaum einen Bieter geben werde, der von Anfang an alle Positionen des LV ohne Defizite abdecke. Diesen Besonderheiten müsse durch § 15 Abs. 3 VOB/A Rechnung getragen werden. Auch zunächst nicht eindeutige Angebote seien in die Wertung aufzunehmen, wenn das Defizit die Beurteilung durch die Vergabestelle in keiner Weise beeinträchtige oder verhältnismäßig gering sei. Das Gericht ziehe für die Nachverhandlung erst die Grenze, wenn durch die Nachverhandlung Preise geändert oder in sonstiger Weise Manipulationen Vorschub geleistet werde.

Die Antragstellerin behauptet, dass durch die Streichung des Zusatzes „o. glw.“ nur eine geringfügige Klarstellung und Präzisierung erfolgt sei, was der Intention des § 15 Abs. 3 EG VOB/A entspreche; die geforderte Eindeutigkeit des Angebots sei dadurch nicht beeinträchtigt worden.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, dass der Ausschluss ihres Angebots wegen der Angaben in den Positionen 6.4.10.08, 21, 22, 23, und 27 (Innenbeleuchtung) ebenfalls unzulässig gewesen sei.

Zu den Positionen 6.4.10.21, 6.4.10.22, 6.4.10.23 und 6.4.10.27 habe sie gar keine Doppelangaben gemacht. Dort habe sie jeweils wie gewünscht das angebotene Fabrikat und den angebotenen Typ angegeben. Es handele sich in diesen Positionen jeweils um ein einziges „System/Fabrikat“. Als Beleg dafür legt die Antragstellerin der Vergabekammer einige Screenshots von den Webseiten der Hersteller vor. Die Angaben seien somit eindeutig gewesen. Insoweit habe auch keine Aufklärung durch den Antragsgegner stattgefunden. Wenn der Antragsgegner das jetzt anders sehe, müsse er noch eine Aufklärungsrunde durchführen.

Selbst dann, wenn Doppelangaben zu Fabrikaten für die Innenbeleuchtung in der Liste nicht zugelassen gewesen wären, müsse der Antragsgegner die Angaben der Antragstellerin – auch soweit er aufgeklärt hätte- akzeptieren. Denn nach der Rechtsprechung der VK Nordbayern, Beschluss vom 25.6.2014, 21. VK-3194-15/14 erlaube es die Aufklärung gemäß § 15 EG Abs. 3 VOB/A dem Auftraggeber, dem Bieter bei Mehrfachangaben eines Fabrikats Gelegenheit zu geben, das Fabrikat zu präzisieren und eindeutig zu benennen, das eingebaut werden soll, soweit alle Fabrikate die gestellten Anforderungen aus dem Leistungsverzeichnis erfüllen würden. Nichts anderes ergebe sich aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Verg 35/15, wonach ohne Aufklärung der Ausschluss eines Angebots unzulässig sei. Die Aufklärung der Mehrfachangaben mit der Gelegenheit für die Antragstellerin zur Präzisierung ihrer Angaben und der Möglichkeit, ein Fabrikat endgültig festzulegen, folge auch aus den Besonderheiten einer Aufklärung aufgrund des funktionalen Leistungsprogramms.

Diesbezüglich verweist die Antragstellerin auch erneut auf Art. 56 Abs. 3 AVR. Letztendlich, so die Antragstellerin, könnten auch mehrere Hauptangebote vorliegen, nämlich pro angegebenes Fabrikat ein Hauptangebot, was ebenfalls zulässig sei.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, dass sie in Bezug auf die Mehrfachangaben in den Positionen 6.8.05.01 und 6.8.10.01a (Gebäudeautomation) im Rahmen der Aufklärung die geforderten Angaben präzisiert und das Fabrikat und den Typ eindeutig benannt habe. Unter Berücksichtigung der bereits genannten Rechtsprechung liege

weder eine unzulässige nachträgliche Verhandlung noch eine unzulässige Änderung des Angebots vor.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners sei der Hinweis auf das Kommunikationsprotokoll BACnet nicht ausreichend, weil sie die IT-Systeme des Antragsgegners, mit denen die abgefragte Gebäudeleittechnik vernetzt werden müsste, nicht kenne. Tatsache sei aber, dass das angebotene System kompatibel zum System des Antragsgegners sein müsse und das könne man eher gewährleisten, wenn man einen identischen Hersteller für die Systeme nehme. Deshalb habe sie die Mehrfachangaben im Angebot gemacht.

Die Antragstellerin meint, dass auch in den Positionen 6.6.8.01a und 6.6.12.01 (Elektroinstallation) keine unzulässigen Mehrfachangaben erfolgt seien. Diese Positionen seien zunächst überhaupt nicht Gegenstand des Rügeverfahrens gewesen, sondern erst nachträglich im Nachprüfungsverfahren als Ausschlussgründe genannt. Diesbezüglich gelte aber, dass bereits in der Position 6.6.8.01a mehrere Fabrikate zu „Schwachstrom“, „Videoanlage“ und „Managementsystem“ gefordert gewesen seien. Bezüglich der Position 6.6.12.01 verweist die Antragstellerin erneut auf einen Screenshot von der Webseite des Herstellers. Gleiches gelte für die Position 7.1.14.01a (Außenanlagen).

Im Übrigen behauptet die Antragstellerin, dass im Verhältnis zur Beigeladenen bei der Aufklärung der Angebote der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht eingehalten wurde. Zudem sei das Angebot der Beigeladenen nicht wirtschaftlicher als das eigene Angebot und müsse auch deshalb ausgeschlossen werden.

Nachdem der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung noch einen weiteren Ausschlussgrund nannte, und zwar die nicht ordnungsgemäßen Angaben zur Vergütung der Wartungsarbeiten im Formblatt 213, rügte die Antragstellerin auch diesen Ausschlussgrund und beantragt, Schriftsätze nachzulassen, soweit diese Beanstandung nicht allein aufgrund der Vergabeunterlagen seitens der Kammer zu ihren Gunsten aufgeklärt werden könnte.

Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner den beabsichtigten Zuschlag im mit EU-Bekanntmachung vom 30.10.2015 (Vergabe-Nr. 2015/S 211-382015) eingeleiteten Vergabeverfahren zur Vergabe des Bauauftrags "Neubau xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx Anstalt xxxxxxxx- Generalunternehmerleistung" zu untersagen,
2. den Antragsgegner zu verpflichten, die Wertung der Angebote unter Einschluss des Angebots der Antragstellerin vom 31.5.2016 und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. dem Antragsgegner die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners aufzuerlegen, ferner die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner vertritt die Auffassung, das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschlossen worden. Das Angebot der Antragstellerin enthalte Mehrfachangaben in einigen Positionen und den Zusatz „o.g.lw.“ und hätte aufgrund dessen ausgeschlossen werden müssen. Dass die Fachplaner dennoch die unvollständigen Erklärungen nachgefordert hätten, bedeute noch lange nicht, dass damit das bisherige Angebotsverhalten der Bieter vergaberechtlich akzeptiert worden sei. Das bleibe stets und immer einer abschließenden vergaberechtlichen Gesamtprüfung durch die Vergabestelle vorbehalten und könne nicht durch die Entscheidung von Fachplanern „ersetzt“ werden.

Vor diesem Hintergrund bleibe das Angebot der Antragstellerin trotz technischer Klärung der Fabrikatsangaben weiterhin unklar und könne deshalb nicht bezuschlagt werden.

Im Einzelnen führt der Antragsgegner dazu aus, dass die Fabrikatsliste völlig eindeutig gewesen sei. Sie spreche für sich und sei selbsterklärend. Das ergebe sich daraus, dass die funktionale Leistungsbeschreibung 600 Seiten umfasse, es dazu aber nur die eine Seite umfassende Liste zu bestimmten Positionen gebe. Zudem heiße es im Singular "Angebotenes System/Fabrikat". Daraus sei zu ersehen, dass es dem Antragsgegner darauf angekommen sei, dass jeder Bieter hier nur ein einziges Fabrikat benenne. Das Verständnis "nur ein einziges Fabrikat einzutragen", könne man auch daran erkennen, dass die anderen Bieter auch nur ein Fabrikat angegeben hätten. Nur die Antragstellerin sei dem nicht nachgekommen.

Die Antragstellerin habe sich in der Fabrikatsliste zu den Positionen 5.11.01 und 5.16.01 eindeutig nicht festgelegt, da sie dort den Zusatz „oder gleichwertig“ eingetragen, also keine eindeutige Erklärung abgegeben habe. Damit könne der Zuschlag nicht einfach auf das Angebot erteilt werden, weil nicht klar sei, welches Fabrikat tatsächlich eingebaut werde.

Der Antragsgegner meint, dass die abgegebene Erklärung aber zivilrechtlich eindeutig und deshalb keiner Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zugänglich gewesen sei. Eindeutige Produktangaben seien wörtlich zu nehmen, auch wenn dieses Produkt den im Leistungsverzeichnis formulierten Anforderungen nicht gerecht werden sollte.

Der Antragsgegner trägt vor, dass eine Heilung dieser Angaben im Angebot der Antragstellerin weder durch § 16 Abs. 1 Nr. 1 c) EG VOB/A (Fehlen des Preises in unwesentlichen Positionen) noch durch § 16 Abs. 1 Nr. 3 EG VOB/A (Nachreichen fehlender Erklärungen) in Betracht komme, da keine Preisangaben fehlen würden und zudem alle geforderten Erklärungen dem Angebot beigefügt waren.

Eine Heilung nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A scheide aus, da es bei den Positionen 5.11.01 und 5.16.01 nicht um fehlende Erklärungen gehe, sondern die Antragstellerin im Gegenteil eine eindeutige Erklärung abgegeben habe.

Eine Heilung oder Präzisierung des Angebotsinhalts im Rahmen einer Aufklärung nach § 15 Abs. 3 EG VOB/A komme ebenfalls nicht in Betracht. Denn Voraussetzung

für eine Aufklärung sei, dass zuvor eine klare Leistung im Angebot abgebildet worden sei und dass nur „unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs“ zulässig seien. Die Antragstellerin habe sich aber mit ihrem Angebot nicht festgelegt, sondern die geforderte klare Fabrikatsangabe offen gelassen. Sie wolle sich erst im Aufklärungsgespräch erstmals näher festlegen. Mit Zuschlagserteilung sei völlig offen gewesen, welche Fabrikate die Antragstellerin einbauen würde. Ein nicht zuschlagsfähiges Angebot dürfe aber durch Nachverhandlungen nicht erstmals zuschlagsfähig gemacht werden.

Es liege hier auch kein Fall widersprüchlicher Angaben des Bieters vor, bei dem von der Rechtsprechung ausnahmsweise eine Aufklärung nach § 15 EG VOB/A zugelassen werde. Daher ergebe sich auch nichts anderes aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Verg 35/15. In dem Fall sei es um widersprüchliche Angaben in einem Angebot zu Nachunternehmerleistungen gegangen. Der Bieter habe zunächst die Leistungen durch einen Nachunternehmer erbringen wollen, sich dann aber im Wege der Aufklärung dazu entschieden, diese Leistungen selbst zu erbringen. Hier habe die Antragstellerin aber keine widersprüchlichen Angaben in den streitigen Positionen gemacht, sondern sie habe einfach offen gelassen, welche Fabrikate tatsächlich eingebaut werden sollten. Letztlich habe die Antragstellerin nicht das angeboten, was abgefragt worden war, nämlich das Bekenntnis zu einem klaren Fabrikat.

Der Antragsgegner meint, dass die erst später mit Schreiben von 1.7.2016 erfolgte Klarstellung durch die Antragstellerin unzulässig gewesen sei, weil sie bereits dadurch nachträglich unzulässig ihr Angebot geändert habe. Der Aufklärungsschriftwechsel mit dem Planungsbüro, welches insoweit keine vergaberechtliche Expertise aufweise, müsse nicht berücksichtigt werden. Dass die Antragstellerin im Rahmen dieses Schriftwechsels ihre ursprünglichen Fabrikatserklärungen durch andere Fabrikatserklärungen ausgetauscht habe, stelle ein Nachverhandeln über die angebotene Leistung nach Angebotsabgabe entgegen dem Nachverhandlungsverbot des § 15 EG Abs. 3 VOB/A dar. Insoweit stützt sich der Antragsgegner auf eine Entscheidung des BGH vom 7.1.2003, VergabeR 2003, 558 ff.

Indem die Antragstellerin entgegen der Forderung in der Fabrikatsliste zwei oder mehrere Produkte zur Wahl stelle, gebe sie eine nicht zweifelsfreie Erklärung ab. Auch diese Leistungsangaben seien eindeutig und nicht anderweitig auslegbar. Angebote, die Änderungen gegenüber der Ausschreibung enthielten bzw. Angebote mit mehrdeutigen Angaben und Widersprüchen (also unklare Angebote) seien auszuschließen. Ihr Inhalt sei nicht bestimmt genug, als dass das Angebot mit einem einfachen "Ja" angenommen werden könnte.

Eine Aufklärung nach § 15 EG Abs. 3 VOB/A sei auch zu diesen Positionen nicht zulässig. Entgegen der von der Antragstellerin zitierten Rechtsprechung der VK Nordbayern handele es sich um eine nachträgliche und unzulässige Änderung des Angebots, wenn in einem Aufklärungsgespräch bei zwei gleichermaßen im Angebot benannten und damit angebotenen Fabrikaten bestimmt werde, welches der angebotenen Fabrikate eingebaut werde. Die Entscheidung der VK Nordbayern würde insbesondere nicht berücksichtigen, dass es hier auch um den Schutz anderer Bieter gehe.

Die Begründung der Antragstellerin zu den Positionen 6.8.05.01 und 6.8.10.01a, sie habe hier jeweils drei Fabrikate benannt, weil die zu liefernden Systeme mit den vorhandenen oder anderweitig beschafften Systemen des Antragsgegners kompatibel sein müssten, sei nicht zutreffend. Denn nach dem Leistungsverzeichnis habe die

Anbindung an die Ü-GLT über eine sogenannte BACnet-Schnittstelle zu erfolgen, und damit gehe es eben nicht um die behauptete Kompatibilität mit vorhandenen Systemen.

Darüber hinaus trägt der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung vor, dass das Angebot der Antragstellerin zudem auszuschließen sei, weil die Angaben im Formblatt 213 zur Vergütung der Instandsetzungsarbeiten nicht eindeutig gewesen seien. Letztlich obliege es aber der Kammer, festzustellen, ob die von der Antragstellerin in ihrem Angebot gemachten Angaben zur Vergütung der Instandsetzungsarbeiten allein aufgrund der Vergabeunterlagen aufgeklärt werden könnten.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen.

Die Beigeladene meint, das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschlossen worden. Diese habe unter bewusster Abweichung von den Vergabeunterlagen eine Festlegung des jeweils von ihr angebotenen Fabrikats vermieden. Sie habe teilweise mehrere alternative Systeme angeboten und sich so eine in den Vergabeunterlagen nicht vorgesehene Wahlfreiheit zwischen beiden Systemen vorbehalten. Mit dem Zusatz "o.glw." habe sie eine Systemfestlegung verweigert. Dies stelle eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen dar, die nicht im Wege der Aufklärung oder Nachforderung geheilt werden können.

Der Antragsgegner habe von den Bietern unmissverständlich die Angabe jeweils eines Systems/Fabrikats auf der Fabrikatsliste gefordert. Das ergebe sich schon aus der Überschrift "Aufgliederung angebotenes System/Fabrikat" und der Verwendung des Singulars in der betreffenden Spalte für die Eintragungen. Die wenigen in der Liste enthaltenen Positionen seien diejenigen, auf die es dem Antragsgegner besonders angekommen sei und bei denen er vor Zuschlagserteilung die Vereinbarkeit des angebotenen Systems mit den Vorgaben der Ausschreibung und eine verbindliche Festlegung habe erreichen wollen.

Die Antragstellerin habe sich dieser Forderung systematisch entzogen, indem sie sich durch Angabe von mehreren Systemen eine Wahlmöglichkeit vorbehalten oder durch den Zusatz "o.glw." eine Festlegung vermieden und sich eine Auswahlmöglichkeit hinsichtlich des angebotenen Systems und Fabrikats vorbehalten habe. Dies stehe im Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung und beinhalte eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen:

Durch die Benennung mehrerer Produkte sei sie von der Vorgabe zur Festlegung eines bestimmten Produkts abgewichen und habe damit die Vergabeunterlagen geändert. Das Angebot sei mit den Vorgaben der Ausschreibung, die eine konkrete Produktangabe verlange, nicht kongruent. Die Beigeladene stützt sich auf Beschlüsse der VK Bund vom 23.9.2015, VK 2-89/15 und der VK Sachsen vom 20.4.2016, 1/SVK/007-16. In der Verhandlung legt die Beigeladene noch die Entscheidung der VK Sachsen, Beschluss vom 2.4.2015, 1/SVK/006-15 vor. Danach weiche ein Bieter, der mehrere Hersteller- bzw. Fabrikatsangaben eintrage, obwohl der Auftraggeber die Vorgabe jeweils eines Systems forderte, von den Vorgaben der Ausschreibung ab.

Die Ausführungen der VK Nordbayern seien nicht haltbar. Eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen könne nicht ohne Änderung des Angebotsinhalts durch Aufklärung ausgeräumt werden.

Eine Aufklärung nach § 15 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A diene der Unterrichtung des Auftraggebers unter anderem über die Inhalte des Angebots. Diese dürfe gemäß § 15 EG Abs. 3 VOB/A nicht zu einer Änderung der Angebote führen.

Hier hätten hinsichtlich der Fabrikatsangabe keine Unklarheiten bestanden, die eine Aufklärung zur "Unterrichtung" des Auftraggebers über den Angebotsinhalt erfordert hätten. Die Eintragungen der Antragstellerin seien nicht unklar oder zweideutig gewesen, sondern unmissverständlich in ihrer Verweigerung der in den Vergabeunterlagen geforderten Produktfestlegung. Eine Unklarheit oder Widersprüchlichkeit, welche Anlass für eine Aufklärung hätte sein können, habe gerade nicht bestanden.

Die Zulässigkeit einer Aufklärung lasse sich nicht aus der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf herleiten, denn hier sei die Konstellation so, dass sich die Antragstellerin bewusst von den Vorgaben der Ausschreibung abgewandt habe. Eine solche Änderung der Vergabeunterlagen könne gerade nicht durch Aufklärung bereinigt werden. Denn eine nachgängige Festlegung auf ein bestimmtes Produkt würde eine Änderung des Angebotes beinhalten, welche nach § 15 EG Abs. 3 VOB/A nie das Ergebnis von Aufklärungen sein dürfe. Die Nachfragen des Antragsgegners hätten die Mängel des Angebots nicht heilen können, da es für das Vorliegen eines Ausschlussstatbestandes auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe ankomme.

Eine Bindung des Antragsgegners an seine durchgeführte Aufklärung komme nicht in Betracht, da eine zur Angebotsänderung führende Aufklärung die Rechte der Beigeladenen verletzt hätte, so dass aus anfänglichen Anfragen des Antragsgegners nicht zu Lasten der Beigeladenen eine rechtliche Bindung konstruiert werden könne.

Das Angebot der Antragstellerin habe auch nicht durch ein Nachfordern "fehlender" Angaben in einen ausschreibungsgemäßen Stand erfolgen können, da hier keine Erklärung fehle, sondern vielmehr eine materiell abweichende Erklärung vorliege.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 5.11.2016 verlängert. Die Parteien haben Akteneinsicht erhalten. Am 19.10.2016 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Das Vergabeverfahren ist vor dem 18.4.2016 begonnen worden, so dass gemäß § 186 Abs. 2 GWB sowohl das Vergabeverfahren als auch die Nachprüfung nach dem bisherigen GWB zu Ende zu führen sind.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.2 Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB a.F. und § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NRW, da die Vergabestelle ihren Sitz im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen hat.

Den Vergabekammern obliegt die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 102 GWB a.F.). Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge öffentlicher Auftraggeber über Bauleistungen (§ 99 Abs. 1, Abs. 3 GWB a.F.).

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB a.F.

§ 2 Abs. 1 VgV in der Fassung vom 15.10.2013 enthält erstmalig eine dynamische Verweisung in die jeweils geltende Verordnung der EU, mit denen die Schwellenwerte festgelegt werden. Im Oktober 2015, dem für die Schätzung des Auftragswertes maßgeblichen Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung oder Einleitung des Vergabeverfahrens (§ 3 Abs. 9 VGV a.F.), betrug dieser Schwellenwert für Bauaufträge 5.186.000 Euro. Der geschätzte Wert des hier ausgeschriebenen Auftrags ohne Umsatzsteuer überschreitet diesen Schwellenwert deutlich.

1.3 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 ihres Angebots ihr Interesse bekundet.

Der drohende Schaden liegt in der Beeinträchtigung 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 ist vorliegend die Bieterin mit dem preisgünstigsten Angebot. Sie wendet sich dagegen, dass ihr Angebot aus formalen Gründen ausgeschlossen wurde und macht schlüssig geltend, dass die Ausschlussgründe nicht vorliegen. Es ist nachvollziehbar, dass durch den beanstandeten Vergaberechtsverstoß ihre Aussichten auf den Zuschlag verschlechtert sein können.

1.4 Die Antragstellerin hat zwei Tage nach dem Ausschluss diesen als vergaberechtswidrig gerügt und weitere Rügen einen Tag nach der Rügezurückweisung erhoben. Zwei Tage danach hat sie den Nachprüfungsantrag gestellt, so dass auch die 15-Tagesfrist gemäß § 107 Abs. 1 Ziff. 4 GWB a.F. gewahrt wurde. Die weiteren Ausschlussgründe, die während des Nachprüfungsverfahrens vom Antragsgegner vorgebracht wurden, hat die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen im Kammerverfahren bzw. in der mündlichen Verhandlung gerügt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Der Antragsgegner hat gegen die Bestimmungen über das Vergabeverfahren verstoßen. Die Antragstellerin ist durch den Ausschluss ihres Angebots in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

2.1 Der Antragsgegner durfte den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin nicht auf § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A EG wegen unzulässiger Änderung an den Vergabeunterlagen stützen. Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) sind Angebote auszuschließen, die u.a. den Bestimmungen des § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 nicht entsprechen. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A bestimmt, dass Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig sind.

a) Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Änderung der Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter die zu erbringende Leistung abändert oder eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbietet. Denn in diesen Fällen liegen der Vergabestelle für den Wertungsvorgang keine vergleichbaren Angebote vor, so dass die Chancengleichheit aller Bieter nicht mehr sichergestellt und gewährleistet ist (vgl. dazu u.a. BGH, Beschluss vom 1.8.2006, X ZR 115/04; OLG Frankfurt, 26.5.2009, 11 Verg 2/09; OLG Karlsruhe, 10.6.2011, 15 Verg 7/11). Macht ein Bieter in Leistungspositionen zwei Hersteller- und Fabrikatsangaben, kommt ein Ausschluss wegen Änderung der Vergabeunterlagen nur in Betracht, wenn die Vergabeunterlagen eindeutig und widerspruchsfrei sind (vgl. 2. VK Bund, B. vom 23.9.2015, VK 2-89/15). Die Rechtsfolge eines Angebotsausschlusses ist nur dort gerechtfertigt, wo sich, und sei es auch nur im Ergebnis einer Auslegung, ein letztlich eindeutiger und deshalb für die Bieter auch als solcher erkennbarer Ausschreibungswille ermitteln lässt, von dem sich das Angebot des betreffenden Bieters entfernt hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.11.2007 -VII Verg 32/07).

Im Ergebnis kommt der Ausschluss eines Angebots somit nur dann in Betracht, wenn die Leistungsbeschreibung gerade auch in Bezug auf diesen Ausschlussgrund eindeutig gewesen ist.

b) Die Leistungsbeschreibung war in Bezug auf die Fabrikatsliste nicht eindeutig.

Die Auslegung der Leistungsbeschreibung ist vorrangig gegenüber einer Aufhebung. Maßgebend ist unter Zugrundelegung der allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB der objektive Empfängerhorizont eines in der Branche tätigen Bieters, der mit solchen Leistungsbeschreibungen vertraut ist, so Prieß in Kurlartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, Rn. 25 zu § 7 VOB/A m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.7.2007, Verg 25/07.

Eine Auslegung nach den vorgenannten Grundsätzen führt hier zu dem Ergebnis, dass die Leistungsbeschreibung zu der Frage, ob nur ein einziges System/Fabrikat angeboten werden durfte, keine konkreten und eindeutigen Festlegungen enthält. Sie lässt insoweit unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten zu. Die Fabrikatsabfrageliste war von den Bietern für 16 Positionen auszufüllen und trug in der maßgeblichen Spalte die Überschrift "Angebotenes System/Fabrikat".

aa) Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist diese Liste nicht selbsterklärend. Das ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass der beauftragte Fachplaner selbst bei allen Bietern nachgefragt hat, was überflüssig gewesen wäre, wenn die technischen Angaben dort so gewesen wären, wie man sich das selbst vorgestellt hat. Bei Auslegung des Wortlauts "Angebotenes System/Fabrikat" vom objektiven Empfängerhorizont fehlt bereits eine Aufforderung, neben "System/Fabrikat" auch den Typ des angebotenen Produkts anzugeben. Der Begriff "Fabrikat" umfasst nach allgemeinem Sprachverständnis nicht notwendig auch den des "Typs", so auch VK Bund, Beschluss vom 21.01.2001 - VK 2-146/10. Dementsprechend hat hier auch einer der beiden weiteren Bieter in seinem Angebot keine Produkte benannt. Wenn der Antragsgegner Wert auf eine Produktangabe oder Typangabe gelegt hätte, so hätte er dies in der Fabrikatsliste zum Ausdruck bringen müssen. Es stellt für den öffentlichen Auftraggeber auch keine unzumutbare Belastung dar, neben das Wort "Fabrikat" noch das Wort "Typenbezeichnung" o.ä. anzufügen, so auch das OLG München, Beschluss vom 23.12.2010 - Verg 21/10. Soweit der Vorwurf einer "unpräzisen Fabrikatsangabe" sich also auf fehlende Produktangaben bezieht, fehlt es

schon an einer Abweichung von der Leistungsbeschreibung. Weder in der Fabrikatsliste noch in der Leistungsbeschreibung wurde das gefordert.

bb) Aus der Formulierung "Angebotenes System/Fabrikat" ist aus Sicht eines mit der Baubranche vertrauten Bieters des Weiteren nicht zwingend zu ersehen, dass die Vergabestelle lediglich ein einziges Fabrikat angeboten haben wollte. In den Vergabeunterlagen gibt es keine Hinweise, die zur Auslegung dieser Überschrift herangezogen werden könnten. In der Leistungsbeschreibung ist keine Ausfüllanleitung oder eine sonstige Erklärung zu der Fabrikatsliste enthalten, die bei der Bestimmung des objektiven Erklärungsgehalts helfen könnte. Die Leistungsbeschreibung zu den einzelnen Positionen enthält lediglich umfangreiche technische Vorgaben, aber keinen Hinweis darauf, ob hierzu lediglich ein einziges Fabrikat anzugeben ist oder ob auch Mehrfachangaben möglich sind. Der bloße Umstand, dass lediglich zu 16 Positionen der 600 Seiten starken Leistungsbeschreibung Angaben verlangt wurden, deutet aus Bietersicht jedoch nicht darauf hin, dass sie nur ein einziges Fabrikat benennen durften. Dies mag zwar für Leistungsbeschreibungen angenommen werden, die konkret vom Auftraggeber vorgegeben werden. Etwas anderes gilt aber, wenn es sich um eine funktionale Leistungsbeschreibung handelt.

cc) Aus Sicht der Bieter konnte die Liste daher durchaus auch so verstanden werden, dass die Vergabestelle sich mit der Liste zunächst einen Überblick über die in Betracht kommenden Systeme und Fabrikate verschaffen wollte. Für dieses Verständnis spricht, dass es sich hier um ein sehr großes und komplexes Bauvorhaben mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung handelt, bei dem es in der Regel Sache des Auftragnehmers ist, auf der Grundlage der dem Vertrag zugrunde liegenden Planung die für eine funktionierende und zweckentsprechende Technik notwendigen Einzelheiten zu ermitteln. Denn ist bei einer öffentlichen Ausschreibung Angebotsgrundlage ein Leistungsprogramm und kein detailliertes Leistungsverzeichnis [...], obliegt die konstruktive Lösung im Einzelnen den Bietern, die insoweit einen gewissen Gestaltungsspielraum haben (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 23.11.2005, 1 Verg 3/05). So hat auch die VK Bund (Beschluss vom 13.06.2007-VK 2-48/07), in einem Fall, in dem es um das Angebot mehrerer Produkte ging, entschieden, dass bei einer funktionalen Ausschreibung die Bieter unterschiedliche Produkte anbieten können, um den Anforderungen in der Leistungsbeschreibung nachzukommen, denn es sei in solchen Fällen möglich, dass mehrere Produkte auf die Leistungsbeschreibung passen.

Insofern verbietet es sich, einfach den Wortlaut der Fabrikatsliste zu nehmen und darauf abzustellen, dass dort „Angebotenes System/Fabrikat“ im Singular steht. Vielmehr müssen auch die Rahmenbedingungen bei einer Ausschreibung berücksichtigt werden und diese sprechen hier für einen größeren Gestaltungsspielraum bei den Bietern.

Zudem beinhaltet die VOB/A den Grundsatz, dass in der Regel produktneutral auszuschreiben ist und insbesondere die Vorgabe von Leitprodukten zu unterlassen ist. Ausnahmsweise ist das zulässig, wenn der Zusatz „oder gleichwertig“ in der Leistungsbeschreibung aufgenommen wird.

Im Ergebnis lässt sich somit feststellen, dass weder die Fabrikatsliste noch die Vergabeunterlagen den Bietern mit der erforderlichen Deutlichkeit vorgaben, dass tatsächlich dort nur ein System oder nur ein Fabrikat vom Bieter eingetragen werden durfte. Vielmehr war es aufgrund der vorliegenden Leistungsbeschreibung durchaus nachvollziehbar, dass ein Bieter mehrere Möglichkeiten in Bezug auf bestimmte Posi-

tionen annahm, weil er letztlich noch Freiräume und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Ausführung des Auftrags für selbstverständlich hielt.

dd) Bleiben nach der Auslegung noch Zweifel, so gehen diese Zweifel zu Lasten der Vergabestelle, dürfen also dem Bieter insbesondere beim Ausschluss seines Angebots nicht entgegen gehalten werden, OLG München, Beschluss vom 23.12.2010-Verg 21/10; BGH, Urteil vom 12.09.2013 - VII ZR 227/11.

c) Wenn aber die Leistungsbeschreibung nicht eindeutig war, konnte das Angebot der Antragstellerin nicht ohne weiteres wegen „fehlender Eindeutigkeit“ und wegen „Änderung der Vergabeunterlagen“ gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) iVm § 13 Abs. 1 Nr. 5 EG VOB/A ausgeschlossen werden.

2.2 Der Antragsgegner hat letztlich das Angebot der Antragstellerin auch nach Aufklärung des Angebots zu Unrecht aus der Wertung genommen.

Wenn eine Leistungsbeschreibung unklar ist, bedeutet dies eben nicht zwingend die Aufhebung der Ausschreibung. Diese kommt vielmehr als ultima ratio nur in den Fällen in Betracht, in denen gravierende Mängel vorliegen. Vielmehr besteht für den Auftraggeber die Möglichkeit, eine solche Ungenauigkeit im Nachhinein noch zu „heilen“. Der Auftraggeber hat diesbezüglich mehrere Möglichkeiten, und erst wenn er diese Möglichkeiten ausgeschöpft hat, kann er ein Angebot tatsächlich ausschließen.

Der Auftraggeber kann beispielsweise den tatsächlichen Willen im Angebot des Bieters erforschen, oder seine Leistungsbeschreibung derart konkretisieren, dass nunmehr seine Leistungsbeschreibung eindeutig wird, oder fehlende Erklärungen nachfordern oder ganz einfach eine Aufklärung gemäß § 15 EG VOB/A durchführen.

Etwaige diesbezügliche Maßnahmen sind vorliegend nicht vom Antragsgegner selbst durchgeführt worden, sondern von den von ihm beauftragten Fachplanern.

2.2.1 Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist das Verhalten der von ihm beauftragten Ingenieur- und Planungsbüros ihm zuzurechnen. Ein nachträgliches Abrücken von dieser Wertung des namens und im Auftrag des Antragsgegners handelnden Ingenieurbüros stellt sogar ein "venire contra factum proprium" dar, und kann deshalb nicht ernsthaft in Erwägung gezogen werden.

Zutreffend führt der Antragsgegner zwar aus, dass die Entscheidung über die Vergabe des Auftrages letztlich in seinen alleinigen Zuständigkeitsbereich fällt und nicht den beratenden Ingenieurbüros überlassen werden darf.

Allerdings darf ein Auftraggeber beratende Ingenieurbüros durchaus zur Unterstützung einschalten, diese also beispielsweise mit der Erstellung von Leistungsbeschreibungen oder Prüfung von Angeboten beauftragen. In welchem Umfang diese Berater tätig werden dürfen, ergibt sich allein aus dem Innenverhältnis, also einem Vertrag zwischen Auftraggeber und Ingenieurbüro. Es ist allein Sache des Auftraggebers klarzustellen, welche Kompetenzen ein solches Büro letztlich aufgrund des im Innenverhältnis geltenden Vertrages haben soll. Zudem ist es allein Sache des Auftraggebers, seine Kontrollmöglichkeiten rechtzeitig wahrzunehmen.

Ob der Berater eine ausreichende vergaberechtliche Expertise hat oder gegebenenfalls sich eigentlich nur auf die technische Aufbereitung des Verfahrens konzentrieren soll, muss der Auftraggeber entscheiden und dann auch gegenüber allen Bietern im Außenverhältnis klarstellen bzw. deutlich machen.

Ein Bieter, der mit einem solchen Berater zu tun hat, kennt diese Vereinbarungen im Innenverhältnis nicht und geht zu Recht davon aus, dass der Berater seine Kompetenzen nicht überschreitet, sondern im Auftrag der Vergabestelle handelt.

Da der Antragsgegner dies nicht gegenüber allen Bietern deutlich gemacht hat und zudem auch nicht das beauftragte Ingenieurbüro ausreichend kontrolliert hat, also deren Verfahrensweisen gegenüber den Bietern nicht umgehend als Kompetenzüberschreitung angezeigt hat, muss sich der Antragsgegner das Verhalten zurechnen lassen.

Soweit ein Auftraggeber nachträglich noch etwas ändern will, hätte der Antragsgegner hier nicht einfach intern mit dem Justizariat etwas klären dürfen, sondern man hätte dann im Verhältnis zu den Bietern diese Umstände klären müssen. Man hätte somit erneut Kontakt mit den Bietern aufnehmen müssen. Aus der Sicht der Bieter war die „Aufklärung“ hingegen hier abgeschlossen.

2.2.2 Das Ingenieurbüro hat alle Bieter mit ganz bestimmten „Vorgaben“ zur „Ergänzung“ ihrer Angebote in Bezug auf die Fabrikatsliste mit Schreiben vom 12.7.2016 aufgefordert. Das beratende Ingenieurbüro hatte eine Übersichtsliste für jedes Angebot erstellt und dem jeweiligen Bieter mit der Bitte, um entsprechende Ergänzung zugeleitet. Die Antragstellerin wurde zudem aufgefordert, die "erfolgten Fabrikatsangaben mit eindeutigen Fabrikatsangaben und mit den erforderlichen Typenangaben zu ergänzen". Alle Bieter haben darauf entsprechend reagiert und ihre Angebote so ergänzt bzw. konkretisiert, wie dies nachgefragt und gefordert war.

a) Bei dieser Maßnahme handelt es sich zunächst nicht um ein „Nachfordern fehlender Erklärungen oder Nachweise“ iSv § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 EG VOB/A.

Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise und wird das Angebot nicht entsprechend den Nummern 1 und 2 ausgeschlossen, verlangt der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach. Diese sind spätestens innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen.

aa) Bereits aus dem Umstand, dass die Leistungsbeschreibung nicht eindeutig war, ergab sich zugunsten der Antragstellerin, dass sie jedenfalls nicht ohne weiteres mit ihrem Angebot nach den Nummern 1 (unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen) oder 2 auszuschließen war.

bb) Grundsätzlich fehlten aber in den Angeboten keine Erklärungen oder Nachweise. Wie bereits ausgeführt, ergab sich aus der Fabrikatsliste nicht eindeutig, in welchem Umfang die Bieter diese Liste auszufüllen hatten. Dies gilt auch zugunsten der Beigeladenen. Diesbezüglich wurde unterstellt, dass im Angebot der Beigeladenen die „Typenangaben“ zu den Fabrikaten fehlten. Diese waren aber nicht „gefordert“ worden, sondern erst im Nachhinein meinte der Antragsgegner, dass er diese wohl haben möchte.

In Bezug auf das Angebot der Antragstellerin forderte der Antragsgegner die Klarstellung in einigen Positionen, was bei auslegungsfähigen Leistungsbeschreibungen, durchaus eine mögliche „Heilung“ darstellen könnte.

§ 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A setzt aber voraus, dass eine solche Erklärung zuvor eindeutig in der Leistungsbeschreibung gefordert wurde und genau das gab die Leistungsbeschreibung nicht her.

Im Ergebnis war der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin somit nicht gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gerechtfertigt.

b) Die Bereitstellung der Übersichtsliste an alle Bieter kann aber auch als eine „Korrektur an der eigenen Leistungsbeschreibung“ rechtlich eingestuft werden.

Der Auftraggeber kann geringfügige Änderungen an seiner Leistungsbeschreibung vornehmen, muss aber allen Bietern die Möglichkeit der Korrektur ihrer Angebote geben, grundlegend OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 26.10.2010 und 5.1.2011, Verg 46/10; VK Münster, Beschluss vom 2.5.2012, VK 5/12. Eine solche Korrektur ist auch noch nach Submission möglich und zulässig.

Den Vergabeunterlagen kann entnommen werden, dass die Fabrikatsliste dazu dienen sollte, die Inhalte sämtlicher Angebote klar und deutlich herauszuarbeiten, damit eine technische Überprüfung möglich wurde.

Nach der ersten Auswertung der Angebote konnte das beratende Ingenieurbüro ein solches Ergebnis offensichtlich nicht feststellen, weil eine weitergehende „technische Aufklärung“ bei sämtlichen Angeboten für erforderlich gehalten wurde. Bei der Antragstellerin gab es Mehrfachnennungen bei den Fabrikaten, während bei der Beigeladenen und dem anderen Bieter die Fabrikatsangaben wohl als nicht ausreichend eingestuft wurden. Die Bieter wurden vom beratenden Ingenieurbüro aufgefordert, konkret entweder die Typenangabe zu ergänzen oder eine eindeutige Fabrikatsangabe zu machen. Wie bereits dargelegt, ergab sich eine solche „Anforderung“ nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit aus der Leistungsbeschreibung. Nunmehr konkretisierte der Antragsgegner aber seine Leistungsbeschreibung und fordert von allen Bietern, ihre Angebote unter Berücksichtigung dieser Vorgaben, zu überarbeiten. Die Beigeladene wurde zur Ergänzung der Typenangaben aufgefordert, gleiches gilt für die Antragstellerin und darüber hinaus nahm der Antragsgegner auch die Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Fabrikaten heraus. Die Bieter durften jetzt nur noch ein Fabrikat anbieten, mussten sich somit entscheiden.

Wenn man somit die Maßnahmen des Antragsgegners als eine nachträgliche geringfügige Korrektur an der eigenen Leistungsbeschreibung einstuft, die zulässigerweise unter Beachtung der Gebote der Transparenz und Gleichbehandlung durchgeführt wurde, dann lag spätestens danach kein Angebot mehr vor, das nicht der Leistungsbeschreibung entsprach.

Im Ergebnis wäre damit der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin ebenfalls vergaberechtlich als unzulässig einzustufen, da sie als preisgünstigste Bieterin auf dem 1. Rang lag.

c) Soweit man dieser Auffassung nicht folgt, führte jedenfalls eine Aufklärung nach § 15 EG VOB/A zu dem Ergebnis, das Angebot der Antragstellerin in der Wertung zu lassen.

Gemäß § 15 EG Abs. 1 VOB/A darf im offenen und nicht offenen Verfahren der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung von einem Bieter nur Aufklärung verlangen, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig

durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen) zu unterrichten.

Die Grenze der Aufklärung ist gemäß § 15 EG Abs. 3 VOB/A erreicht, wenn diese Aufklärung zu einer Änderung des Angebots führt, vgl. auch OLG München, Beschluss vom 29.10.2013 - Verg 11/13.

aa) Ausgehend von der Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 29.3.2012, C-599/10 und dem OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015, Verg 35/15 hat jedenfalls derjenige Bieter, der unmittelbar vom Ausschluss mit seinem Angebot bedroht ist, einen Anspruch auf Aufklärung.

Das OLG Düsseldorf meint, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der einen Widerspruch im Angebot eines Bieters erkennt, dieses Angebot zunächst aufklären muss. Der Auftraggeber habe eine Aufklärungspflicht und könne diese nicht einfach auf die Bieter abwälzen. Demzufolge hat ein Auftraggeber das Verfahren nach § 15 EG VOB/A einzuleiten. Der EuGH war darüber hinaus der Auffassung, dass eine solche Aufklärungspflicht auch bestehen könne, wenn das Angebot des Bieters ungenau ist oder nicht den in den Verdingungsunterlagen enthaltenen technischen Spezifikationen entspricht.

Der EuGH führt dazu aus, dass eine Aufklärung erst nach Kenntnisnahme von sämtlichen Angeboten erfolgen darf, eine solche Aufklärung in gleicher Weise an alle Unternehmen zu richten sei, die sich in derselben Situation befinden, und außerdem habe sich die Aufforderung auf alle Punkte des Angebots zu erstrecken, die ungenau sind. Jedenfalls darf der öffentliche Auftraggeber das Angebot nicht wegen Unklarheit eines Punktes ablehnen, der nicht Gegenstand der Aufforderung gewesen ist.

(1) Berücksichtigt man diese Vorgaben aus der Rechtsprechung, dann hat der Antragsgegner die Positionen zur Dacheindeckung und zur Haftraumtür überhaupt nicht aufgeklärt. Hier hat der Antragsgegner das unaufgefordert vorgelegte Schreiben der Antragstellerin vom 1.7.2016 als zutreffend übernommen, aber die Antragstellerin nicht aufgefordert, weitergehende Erklärungen dazu abzugeben. Diese Positionen waren somit aus der Sicht der Antragstellerin überhaupt nicht „Gegenstand der Aufklärung“ und dürfen folglich auch nicht für den Ausschluss herangezogen werden.

Aufklärung bedeutet, dass konkret nachgefragt wird und der Bieter damit erkennen kann, dass er nunmehr etwas darlegen oder erläutern soll, was nicht klar und eindeutig seinem Angebot zu entnehmen ist. Diesen Eindruck konnte die Antragstellerin aufgrund der Anfrage vom 12.7.2016 nicht gewinnen. Dort wurde sie lediglich aufgefordert, sich auf eine Fabrikatsangabe festzulegen und Typenangaben zu ergänzen.

Auch aus der beigelegten Übersichtsliste ergab sich nichts anderes. Dort wurden sämtliche Positionen aus der Fabrikatsliste abgebildet, die Angaben der Bieter dazu eingetragen und unter Bemerkungen hatte das beratende Büro Hinweise gegeben. Zu den Positionen 5.11.01 (Dacheindeckung) und 5.16.01 (Haftraumtür) vermerkte man, dass "eine eindeutige Fabrikatsangabe mit Schreiben vom 1.7.2016 erfolgt sei". Daraus musste die Antragstellerin schlussfolgern, dass ihre eigene Berichtigung, die mit Schreiben vom 1.7.2016 unaufgefordert erfolgt war, so akzeptiert wurde.

Wenn man das anschließend wieder anders sieht, muss man dies gegenüber dem Bieter deutlich machen und gegebenenfalls erneut eine Aufklärung veranlassen. Dies

war hier aber nicht der Fall. Vielmehr wurde das einfach im Vergabevermerk anders dargestellt.

(2) Darüber hinaus gab es noch 3 Positionen, die sich auf die Innenbeleuchtung (Pos. 6.4.10.08) und die Gebäudeautomation bezogen, und zwar die Positionen 6.8.05.01 und 6.8.10.01a. Dort hatte die Antragstellerin jeweils drei Hersteller eingetragen. Diesbezüglich wurde die Antragstellerin von dem beratenden Ingenieurbüro zur Festlegung auf einen Hersteller aufgefordert. Dieser Aufforderung ist die Antragstellerin nachgekommen, so dass das beratende Ingenieurbüros anschließend feststellte, dass das Angebot „technisch den Anforderungen“ entspricht.

Im Ergebnis endete die Aufklärung damit, dass sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch das Angebot der Beigeladenen und eines weiteren Bieters so aufgeklärt waren, dass diese den technischen Anforderungen der Leistungsbeschreibung entsprachen.

bb) Die Grenze der Aufklärung ist damit vom Antragsgegner nicht überschritten worden, weil eine Änderung des Angebots der Antragstellerin nicht feststellbar ist. Weder durch die Streichung des Begriffs „o.glw.“ in den Positionen zur Dacheindeckung und zur Haftraumtür, noch durch die Reduzierung der Fabrikate in den Positionen 6.4.10.08, 6.8.05.01 und 6.8.10.01a auf ein Fabrikat, wird das Angebot der Antragstellerin unzulässigerweise in seinem Inhalt geändert.

Nach Auffassung des EuGH, Urteil vom 29.3.2012, Rs. C-599/10, verbietet Art. 2 der Richtlinie 2004/18 insbesondere nicht, dass die Angebote ausnahmsweise in einzelnen Punkten berichtigt oder ergänzt werden, insbesondere wegen einer offensichtlich gebotenen bloßen Klarstellung oder zur Behebung offensichtlicher sachlicher Fehler – vorausgesetzt diese Änderung läuft nicht darauf hinaus, dass in Wirklichkeit ein neues Angebot eingereicht wird. Dies entspricht im Wesentlichen den Vorgaben des § 15 EG Abs. 3 VOB/A. Die Angebote dürfen durch die Aufklärung nicht geändert werden. Auch nach Auffassung des OLG Saarbrücken, Beschluss vom 23.11.2005, 1 Verg 3/05, dürfen geringfügig unvollständige Angebote in die Wertung genommen werden, wenn die Zulassung keiner Manipulation Vorschub leistet.

Demgegenüber ist die Entscheidung des BGH, Urteil vom 7.1.2003, X ZR 50/01 nicht maßgeblich, weil zum Zeitpunkt der Entscheidung grundsätzlich keine Möglichkeit bestand, durch das Nachfordern von Erklärungen, ein zunächst nicht zuschlagsfähiges Angebot, zuschlagsfähig zu machen. Vielmehr blieb ein solches Angebot – auch bei nur geringfügigen Unvollständigkeiten – ausgeschlossen.

(1) Der Hinweis auf den Zusatz „o.glw.“ hat die Antragstellerin als Kopierfehler deklariert, der versehentlich in das Angebot geraten ist. Entscheidend ist, dass das angebotene Fabrikat aber den technischen Anforderungen entsprach, so dass durch die Streichung des „o.glw.“ lediglich die Wahlmöglichkeit für den Bieter entfiel, das Angebot sich inhaltlich aber nicht änderte. Diese Wahlmöglichkeit hat ein Bieter in der Regel sowieso, soweit eine produktneutrale Ausschreibung erfolgt.

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass der Bieter selbst sein Angebot - auch nach Abgabe - noch weiter erläutert und aufklärt. Nachträglich abgegebene Erklärungen des Bieters darüber, wie er sein Angebot im Zeitpunkt seiner Abgabe verstanden wissen wollte und welchen Inhalt er ihm beimaß, dürfen auch in vergabe-rechtlicher Hinsicht bei der Auslegung des Angebots nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.3.2007 - Verg 53/06 nicht unberücksichtigt bleiben.

Mit ihrer nachträglichen Erklärung hat die Antragstellerin unmissverständlich klargestellt, dass sie in ihrem Angebot zur Dacheindeckung und Haftraumtür ausschließlich die zu diesen Positionen genannten Fabrikate angeboten hat. Diese nachträgliche Korrektur ist von der Vergabestelle auch genau so verstanden worden. Dies hat sie auch der Antragstellerin gegenüber kommuniziert. Denn im Aufklärungsschreiben vom 12.7.2016 ist zu den beiden "o.glw."-Positionen ausdrücklich vermerkt, dass eine eindeutige Fabrikatsangabe mit Schreiben vom 1.7.2016 erfolgt ist.

Grundsätzlich ist es fraglich, ob ein Bieter die „Wahlmöglichkeiten“, die er sich zunächst selbst eingeräumt hat, nachträglich einfach wieder aus dem Angebot streichen darf. In diesem Zusammenhang ist aber zu berücksichtigen, dass gerade nach der Leistungsbeschreibung für die Bieter gar nicht eindeutig war, ob sie diese Wahlmöglichkeiten hatten oder nicht. Allein die Fabrikatsliste schließt dies nicht aus, sondern es war nicht abwegig, anzunehmen, dass man bei einer derart komplexen Maßnahme auch diesbezüglich mehrere Fabrikate oder gleichwertige Fabrikate anbietet.

Bezieht man diese Überlegungen mit ein, so kann nicht festgestellt werden, dass durch die Streichung des Zusatzes „o.glw.“ im Nachhinein das Angebot der Antragstellerin „passend gemacht wurde“. Das Angebot entsprach vorher schon der Leistungsbeschreibung, die eben diese Wahlmöglichkeiten nicht ausdrücklich ausgeschlossen hatte.

(2) Bei den Positionen 6.4.10.08, 6.8.05.01 und 6.8.10.01a, bei denen die Antragstellerin jeweils mehrere Fabrikate angeboten hatte, war unklar, welches der genannten Fabrikate letztlich eingebaut werden sollte. Bei der erbetenen Aufklärung ging es daher gerade nicht um eine beabsichtigte Änderung des Angebots, sondern um die Ermittlung der eigentlichen Angebotsinhalte selbst (vgl. OLG München, Beschluss vom 29.10.2013-Verg 11/13). In einem solchen Fall kann in einem Aufklärungsgespräch ohne Änderung des Angebots bestimmt werden, welches von den angebotenen Fabrikaten eingebaut werden soll. Damit werden die in § 15 EG Abs. 3 VOB/A festgelegten Verhandlungsgrenzen eingehalten (so auch VK Nordbayern, Beschluss vom 25.06.2014, Az: 21. VK-3194-15/14). Entscheidend ist nur, dass alle zuvor angebotenen Fabrikate auch tatsächlich der Leistungsbeschreibung entsprachen. Das war vorliegend der Fall.

Weiterhin muss man den Umfang der Aufklärung auch vor dem Hintergrund sehen, dass eine funktionale Leistungsbeschreibung vorlag. Wenn der Auftraggeber die Ausschreibung produktneutral und ohne Abfrage von Fabrikaten gestaltet hat, besteht für ihn ein ureigenes Interesse an der Information über das angebotene Produkt, um sich mit dem konkreten Inhalt der abgegebenen Angebote vertraut zu machen und eine Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen. In diesen Fällen wird das Angebot erst mit der Abfrage während der Aufklärung auf bestimmte Produkte konkretisiert. Dieser Gedanke passt auch auf die hier vorliegende Fallgestaltung. Denn hier hat die Antragstellerin zwar in den vorgenannten Positionen mehrere Fabrikate angeboten, diese aber explizit benannt. Durch die im Rahmen der Aufklärung erfolgte Festlegung auf eines dieser zuvor benannten Fabrikate ändert die Antragstellerin an ihrem ursprünglichen Angebot nichts, sie tauscht nichts aus oder führt keine neuen Fabrikate ein. Sie verengt lediglich ihr ursprüngliches Angebot von jeweils mehreren Fabrikaten auf jeweils ein Fabrikat. Aufgrund der hier vorgenommenen Aufklärung hat sich an dem Angebotspreis nichts geändert. Der Antragsgegner hat auch nicht behauptet, dass die angebotene Leistung nicht seinen technischen Anforderungen entsprach. Da als Ergebnis der Aufklärung lediglich eine Einengung auf eines

von ursprünglich mehreren genannten Fabrikaten stand, besteht auch keine Gefahr von Manipulationen.

Soweit die Beigeladene sich auf andere Entscheidungen der VK Sachsen beruft, muss festgestellt werden, dass die Sachverhalte nicht vergleichbar sind. In dem Fall der VK Sachsen (Beschluss vom 2.4.2015) hatte die Vergabestelle in der Leistungsbeschreibung zulässigerweise sich auf ein Leitprodukt festgelegt und dies auch gefordert. Die Leistungsbeschreibung war eindeutig. Ein Bieter hatte dennoch Alternativprodukte angeboten. Dass ein solches Angebot dann nicht akzeptiert werden kann, ist nachvollziehbar.

Auch der Gesichtspunkt, dass andere Bieter durch den nachträglichen Wegfall der Wahlmöglichkeiten in ihren Rechten beeinträchtigt werden, kann nur angenommen werden, wenn die Leistungsbeschreibung vorher eindeutig keine Wahlmöglichkeiten zugelassen hat. Hier konnte aber genau dies nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit festgestellt werden. Alle Bieter hatten somit zunächst die Möglichkeit, mehrere Fabrikate zu nennen.

Im Ergebnis war die Grenze der Aufklärung hier nicht überschritten, so dass das Angebot der Antragstellerin auch in der Wertung bleiben konnte.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin war somit vergaberechtlich nicht zulässig.

2.3 In der mündlichen Verhandlung hat der Antragsgegner noch einen weiteren Ausschlussgrund in Bezug auf das Angebot der Antragstellerin geltend gemacht, der aber ausweislich der Vergabeunterlagen nicht vorliegt.

Gemäß § 16 Abs. 3 EG VOB/A werden die Angebote auch auf ihre rechnerische Richtigkeit überprüft. Bei der Antragstellerin lag lediglich ein Übertragungsfehler vor, der aber rechnerisch nachvollzogen werden konnte.

Die Antragstellerin hatte in ihrem Angebot in dem Formblatt 213 die Gesamtsumme für die Vergütung der Instandhaltungsarbeiten nicht ordnungsgemäß übertragen. In der Aufgliederung des Pauschalpreises zu den Wartungskosten hatten die Bieter die Preise für eine vierjährige Wartung anzugeben, während im Formblatt 213 lediglich die jährliche Gesamtvergütung auszuweisen war. Die Antragstellerin hatte dort aber den vierjährigen Wartungspreis aus ihrer Aufgliederung einfach übernommen.

Damit liegt aber kein Ausschlussgrund vor, weil hier keine Änderungen am Angebot vorgenommen wurden, sondern lediglich ein Schreibfehler bzw. Übertragungsfehler vorlag, der ohne Veränderung des Angebots der Antragstellerin korrigiert werden konnte.

3. Die Antragstellerin ist gemäß § 114 Abs. 1 GWB in ihren Rechten verletzt, weil sie mit ihrem Angebot preislich gesehen auf dem 1. Rang lag, so dass sie entweder nach der Konkretisierung der Leistungsbeschreibung oder nach der Aufklärung ihres Angebots vergaberechtswidrig aus der Wertung genommen wurde.

Als erforderliche Maßnahme ordnet die Vergabekammer an, die Wertung unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

III.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben, wobei diese Kosten durch die unterliegende Partei zu tragen sind.

Die Gebühr beträgt mindestens 2500 € und soll gemäß § 128 Abs. 2 GWB den Betrag von 50.000 € nicht überschreiten. Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. 50 Mio € beträgt die Gebühr xxxxxx €.

Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen diese Gebühr jeweils zur Hälfte, wobei der Antragsgegner als Sondervermögen des Landes NRW nicht gebührenbefreit gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 VwKostG Bund ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.9.2009, Verg 20/09). Gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB haften mehrere Kostenschuldner als Gesamtschuldner.

Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB hat der im Nachprüfungsverfahren unterliegende Beteiligte die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen.

Die Hinzuziehung des anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin ist aufgrund der Komplexität und Schwierigkeit des Vergaberechts für notwendig zu erklären.

Da die Beigeladene sich mit eigenen umfassenden Schriftsätzen und der Stellung eines eigenen Antrags an dem Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, unterliegt auch sie vorliegend. Die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden somit jeweils zur Hälfte dem Antragsgegner und der Beigeladenen auferlegt.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet 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.

Diemon-Wies

Trottenburg
für die urlaubsbedingt abwesende
hauptamtliche Beisitzerin

Diemon-Wies