



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**2. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt**

B E S C H L U S S

Az.: 2 VK LSA 42/20

Halle (Saale), den 30.09.2020

§§ 122 Abs.1, 166 Abs. 1 S. 3 Alt. 3, 168 Abs. 1 S. 1 §§ 13EU Abs. 1 Nr. 5, 16EU Nr. 2, 16bEU Abs. 1, 16dEU Abs. 1 Nr. 1 und 2 VOB/A §§ 133, 157 BGB

- Nachprüfungsantrag zulässig jedoch nicht begründet
- unklares und widersprüchliches Angebot
- Verstoß gegen Gleichbehandlungsgrundsatz

Die Antragstellerin hatte mittels Durchstreichen und zusätzlichem Setzen ihres Firmenstempels dokumentiert, keine Nachunternehmen für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen einsetzen zu wollen. Sie hatte zusätzlich zum Ausdruck gebracht, die Leistungen selbst ausführen zu wollen, indem sie das Wort „eigen“ handschriftlich ergänzt hatte. Es muss folglich davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin hierbei bewusst handelte und diese Erklärung nicht versehentlich abgegeben hatte

Im Gegensatz zu diesen Erklärungen hatte die Antragstellerin im Formblatt 221 (Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation) Nachunternehmerleistungen in einem nicht unbedeutenden Umfang verpreist.

Die Antragstellerin hatte in ihrem Angebot einerseits den Einsatz von Nachunternehmern ausgeschlossen. Andererseits hat sie jedoch in der Kalkulation Fremdleistungen eingeplant. Dies ist widersprüchlich. Damit ist das Angebot nicht zweifelsfrei und somit auch nicht zuschlagsfähig.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

- Antragstellerin -

gegen

.....
.....

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

.....
.....

wegen

der gerügten Vergabeverstöße zur Vergabe von Bauleistungen zur Gestaltung von Außenanlagen des XXX im offenen Verfahren, hat die 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt durch den Vorsitzenden Herrn XXX, den hauptamtlichen Beisitzer Herrn XXX und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn XXX ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens.
3. Die Verfahrenskosten werden insgesamt auf XXX Euro festgesetzt. Sie gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von XXX Euro und Auslagen in Höhe von XXX Euro.
4. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung im Amtsblatt des Supplements vom 23.03.2020 schrieb die Antragsgegnerin die Bauleistungen zur Gestaltung der Außenanlagen im XXX im offenen Verfahren aus.

Leistungsgegenstand ist die Realisierung des Loses B 30 (Außenanlagen).

Nach II.2.5 der Bekanntmachung soll einziges Zuschlagskriterium der Preis sein.

Das Leistungsverzeichnis war über die Plattform e-Vergabe einsehbar. Die Angebote waren elektronisch über die Vergabepattform e-vergabe einzureichen (Pkt 1.3 der Auftragsbekanntmachung).

Unter den Positionen 01.07.0070 ff des Leistungsverzeichnisses hatten die Bieter das Liefern und Verlegen von Pflaster und Borden zu verpreisen

Nach der Angebotsaufforderung waren unter anderem die Formblätter 213 (Angebotsschreiben), 124 (Eigenerklärung zur Eignung), 221/222 (Angaben zur Preisermittlung sowie 235 (Verzeichnis der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmen), soweit erforderlich, mit dem Angebot

einzureichen. Auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle war zusätzlich das Formblatt 236 (Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen) vorzulegen.

Die Teilnahmebedingungen (Formblatt 212 EU) lauten auszugsweise wie folgt:

„...7. Kapazitäten anderer Unternehmen (Unteraufträge, Eignungsleihe)

Beabsichtigt der Bieter, Teile der Leistungen von anderen Unternehmen ausführen zu lassen oder sich bei der Erfüllung eines Auftrages im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche, finanzielle, technische oder berufliche Leistungsfähigkeit zu bedienen, so muss er die hierfür vorgesehenen Leistungen/Kapazitäten in seinem Angebot benennen...“

Im Formblatt 213 hatten die Bieter ggfs. unter Punkt 7 anzukreuzen, die Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen. Alternativ konnte angegeben werden, dass die Bieter Leistungen, die nicht im Verzeichnis Nachunternehmerleistungen bzw. Verzeichnis der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmer aufgeführt sind, im eigenen Betrieb ausführen werden.

Bei der Antragsgegnerin gingen fristgerecht 3 Angebote bis zum 21.04.2020, 11:00 Uhr ein. Die Antragstellerin übermittelte ihr Angebot elektronisch und übersandte zusätzlich eine schriftliche Ausfertigung des Angebotes an die Antragsgegnerin.

Die Antragstellerin kreuzte unter Ziffer 7 des Formblattes 213 der elektronischen Version keine der beiden dort vorgesehenen Möglichkeiten an. Abweichend hiervon hat sie im schriftlichen Angebot durch Ankreuzen erklärt, die Leistungen in Gänze im eigenen Betrieb auszuführen.

Im Verzeichnis über Art und Umfang der Leistungen, für die sich der Bieter der Kapazitäten anderer Unternehmen bedienen wird (Formblatt 235), gab die Antragstellerin an „eigen“ und durchstrich die entsprechenden Spalten zur Eintragung eventueller Teilleistungen.

Im Formblatt 221 wurden durch die Antragstellerin Nachunternehmerleistungen in Höhe von XXX Euro verpreist.

Das Angebot des Bieters XXX liegt deutlich unter dem Preisniveau der übrigen zwei Angebote. Das Angebot der Antragstellerin übersteigt dieses Angebot annähernd um das Zweifache.

Die Antragsgegnerin bediente sich eines Ingenieurbüros, um zu ermitteln, ob ein unangemessen niedriger Preis angeboten wurde. Das Büro gelangte zum Ergebnis, dass dies nicht der Fall wäre. Die Antragsgegnerin machte sich diese Einschätzung zu eigen. Alle Bieter wurden als geeignet eingestuft (siehe Angebotswertung vom 11.05.2020).

Mit Datum vom 23.06.2020 erhielt die Antragstellerin ein Absageschreiben nach § 134 GWB. Die Absage wurde damit begründet, dass ein günstigeres Angebot eines Mitbieters vorliegen würde.

Die Antragsgegnerin beabsichtigte, auf das Angebot der XXX den Zuschlag zu erteilen.

Die Antragstellerin rügte die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes mit Schreiben vom 24.06.2020. Sie mutmaßt, dass die Beizuladende ein unauskömmliches Angebot abgegeben habe, da es um ca. 50 % günstiger als der Zweitplatzierte liege.

Sie machte weiter geltend, dass der Erstbieter wahrscheinlich nicht über entsprechende Referenzen verfüge. Weiterhin seien die personellen und technischen Voraussetzungen zur Abarbeitung der Leistung nicht gegeben.

Hierauf erfolgte nach Aktenlage keine Reaktion der Antragsgegnerin. Daraufhin stellte die Antragstellerin am 16.07.2020 den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der zuständigen Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt des Landes Sachsen-Anhalt.

Im Nachprüfungsantrag unterstreicht die Antragstellerin die in der Rüge erhobenen Vorwürfe und deren inhaltliche Ausführungen. So halte sie für die geplante Ausführungszeit alle Maschinen, Geräte und das erforderliche Personal vor. Weiter seien Ihre Kosten für die benötigten Nachunternehmer so erheblich, dass diese zusammen mit den Stoffkosten über der Nettosumme der Gesamtkosten der Zuschlagsaspirantin lägen.

Die Antragstellerin beantragt,

- ein Nachprüfungsverfahren nach § 160 GWB einzuleiten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

- den Antrag der Antragstellerin abzuweisen.

Sie habe das Angebot der Zuschlagsaspirantin ordnungsgemäß aufgeklärt. Ihr Angebot sei keinesfalls als Unterkostenangebot kalkuliert. Die Zuschlagsaspirantin habe in zulässiger Weise bestehende Wettbewerbsvorteile ausgenutzt. Daher sei es ihr möglich gewesen, günstigere Preise als die Mitbieter anzubieten. Soweit die Antragstellerin behauptete, die Zuschlagsaspirantin verfüge nicht über die notwendige Eignung, sei dieser Vorwurf ins Blaue erhoben und könne auch nicht begründet werden. Unabhängig hiervon enthalte das Angebot der Antragstellerin in sich widersprüchliche Angaben und sei daher auszuschließen. Durch die Angabe von Zuschlägen und Preisanteilen für Nachunternehmerleistungen habe die Antragstellerin zum Ausdruck gebracht, dass sie derartige Leistungen in Anspruch nehme, während sie dies durch die fehlenden Eintragungen im Formblatt 235 in Abrede stelle.

Mit Schreiben vom 11.09.2020 hat die Vergabekammer die Antragstellerin angehört.

Sie hat ihr mitgeteilt, dass sie vorläufig die Auffassung vertrete, der Nachprüfungsantrag sei offensichtlich unbegründet. Sie beabsichtige daher, gemäß § 166 Abs. 1 S. 3 Alt. 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) über die Angelegenheit nach Aktenlage im schriftlichen Verfahren zu entscheiden.

Unabhängig von den vorgebrachten Vergabeverstößen könne die Antragstellerin keine Schädigung ihrer Interessen gemäß § 168 Abs. 1 S. 1 GWB geltend machen. Ihr Angebot sei nach § 16EU, Nr. 2 VOB/A i.V. § 13EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A auszuschließen. Es sei in Hinblick auf den beabsichtigten Einsatz von Nachunternehmern unklar und widersprüchlich. Sie habe im Angebotsschreiben unter Ziffer 7 durch Ankreuzen erklärt, alle Leistungen im eigenen Betrieb erbringen zu wollen. Sie habe außerdem im Formblatt 235 zum Ausdruck gebracht, keine Nachunternehmer einsetzen zu wollen. Dagegen habe sie im Formblatt 221 Nachunternehmerleistungen in einem nicht unbedeutenden Umfang verpreist. Der Antragstellerin wurde empfohlen, den Nachprüfungsantrag kostensparend zurückzuziehen.

In Ihrer Stellungnahme vom 17.09.2020 hat die Antragstellerin betont, die Angabe von Nachunternehmern sei im Hinblick auf Baunebenleistungen (Transport- und Speditionskosten, Vermessungsleistungen, Auslegung von Pflaster und Setzen von Borden) im Formblatt 235 nicht vorgesehen. Sie habe im Formblatt ordnungsgemäß keine Nachunternehmerleistungen entsprechend der Ordnungszahlen im Leistungsverzeichnis angegeben.

Die Antragstellerin verweist darauf, dass sie im elektronischen Angebot unter Pkt. 7 im Angebotsschreiben kein Kreuz gesetzt habe. Uneindeutige Erklärungen seien durch die Antragsgegnerin aufzuklären. Ihr Angebot sei bezogen auf den Einsatz von Nachunternehmern (nach ihrer Auffassung handele es sich dabei um Baunebenleistungen) nicht widersprüchlich und somit zuschlagsfähig.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeakte und die eingereichten Schriftsätze der Beteiligten verwiesen.

Der Vorsitzende hat die Entscheidungsfrist gemäß § 167 Abs. 1 S. 2 GWB letztmalig bis zum 06.10.2020 verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, jedoch nicht begründet.

Zulässigkeit

1. Zuständigkeit

Gemäß § 156 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) veröffentlicht im BGBl. I, 1998, Nr. 59, S. 2568 ff., neugefasst durch Bekanntmachung vom 15.07.2005, BGBl. I, 2005, Nr. 44, S. 2114 ff., zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.08.2017, BGBl. I, 2017, S. 3295, i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., zuletzt geändert durch RdErl. des MW vom 08.12.2003 – 42-32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 57/2003, S. 942) i.V.m. d. gem. Geschäftsordnung d. VgK (Bek. des MW vom 17.04.2013 – 41-32570-17, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 14/2013) ist die 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin gem. § 99 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 5.350.000,00 Euro i. S. des § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist nach der vorliegenden Kostenschätzung der Antragsgegnerin für das Gesamtvorhaben überschritten.

2. Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Nach § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin hat an dem streitgegenständlichen Auftrag durch Abgabe eines Angebotes ihr Interesse bekundet. Die Antragstellerin hat weiterhin substantiiert behauptet, dass und welche Vorschriften im Verlauf des Vergabeverfahrens verletzt worden seien sollen (vgl. BGH Beschluss vom 18.05.2004; Az X ZB 07/04). Sie hat vorgebracht, das Angebot der Zuschlagsaspirantin sei unangemessen niedrig. Außerdem verfüge diese nicht über ausreichende Referenzen.

Des Weiteren seien die technischen und finanziellen Voraussetzungen zur Abarbeitung des Auftrages nicht gegeben.

Sie hat damit dem Sinn nach geltend gemacht, dass die Antragsgegnerin bei der Wertung der Angebote gegen §§ 122 Abs.1 GWB, 16bEU Abs. 1 VOB/A sowie § 16dEU Abs. 1 Nr. 1 und 2 VOB/A verstoßen habe. Aus den Ausführungen ergibt sich weiterhin, dass ihr durch die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes ein Schaden i. S. des § 160 Abs. 2 S.2 GWB drohe.

3. Rüge

Die Antragstellerin ist weiterhin ihrer Rügeobliegenheit gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB nachgekommen. Nach dieser Vorschrift ist der Antrag unzulässig, wenn der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichung des Nachprüfungsantrages erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb der Frist von 10 Kalendertagen gerügt hat. Sie hatte am 23.06.2020 durch das Absageschreiben der Antragsgegnerin darüber Kenntnis erlangt, dass diese beabsichtigt, in allen Losen auf das Angebot der Zuschlagsaspirantin den Zuschlag zu erteilen. Mit Rügeschreiben vom 24.06.2020 hat die Antragstellerin sich hiergegen gewandt und die o. g. Vergabeverstöße geltend gemacht. Dies erfolgte fristgemäß.

Begründetheit

Der Antrag ist jedoch nicht begründet. Unabhängig von Ihrem Vorbringen kann die Antragstellerin keine Schädigung ihrer Interessen i. S. des § 168 Abs. 1 S. 1 GWB geltend machen. Nach § 16EU Nr. 2 i. V. m. § 13EU Abs. 1 Nr. 5 S. 3 VOB/A ist ihr Angebot zwingend von der Wertung auszuschließen.

Nach der vorgenannten Vorschrift ist ein Angebot auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen. Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen müssen zweifelsfrei sein. Wenn schon im Sinne dieser Vorschrift Änderungen an einem einmal erfolgten Angebot eindeutig sein müssen, gilt dies erst Recht für das ursprüngliche und nicht nachträglich korrigierte Angebot selbst. (Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV 2017, § 57, Rn 38). Die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Gleichbehandlung der Bieter stellen fundamentale Vergabegrundsätze dar und betreffen auch die Zweifelsfreiheit von Angeboten.

Das Angebot der Antragstellerin ist aus objektiver Sicht eines branchenkundigen mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Empfängers (§§ 133, 157 BGB) auszulegen. Hierbei sind sämtliche Erklärungen mit zu berücksichtigen (vergl. Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV 2017, § 57, Rn 43). Die Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass das Angebot hinsichtlich des Einsatzes von Nachunternehmern in mehrfacher Hinsicht unklar und widersprüchlich ist.

Im Einzelnen:

Unter Ziffer 7 des Angebotsschreibens der Antragstellerin bleibt offen, ob sie die Leistungen vollumfänglich im eigenen Betrieb ausführt oder nicht. Anders als von der Antragsgegnerin verlangt, hat sie hierzu in der elektronischen Version des Angebotes keine Erklärung abgegeben. Es ist in diesem Zusammenhang nicht von Relevanz, dass sie in der dem Antragsgegner gleichzeitig vorgelegten Papierform des Formblattes 213 erklärte, die Leistungen im eigenen Betrieb realisieren

zu wollen. Die Antragsgegnerin hatte in der Bekanntmachung nur elektronische Angebote zugelassen. Damit können Erklärungen, die dieser Form nicht genügen, bei der Auslegung des Angebotes nicht berücksichtigt werden.

Gemäß Ziffer 7 der Teilnahmebedingungen und Punkt C der Angebotsaufforderung hatten die Bieter weiterhin mit dem Angebot Angaben zu Art und Umfang der von Nachunternehmern auszuführenden Teilleistungen, gemäß Formblatt 235 zu tätigen. Zu dieser Forderung war die Antragsgegnerin nach § 8EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A befugt.

Die Antragstellerin hatte in diesem Formblatt mittels Durchstreichen und zusätzlichem Setzen ihres Firmenstempels dokumentiert, keine Nachunternehmen für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen einsetzen zu wollen. Sie hatte zusätzlich auf dem Formblatt 235 zum Ausdruck gebracht, die Leistungen selbst ausführen zu wollen, indem sie das Wort „eigen“ handschriftlich ergänzt hatte. Es muss folglich davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin hierbei bewusst handelte und diese Erklärung nicht versehentlich abgegeben hatte (insoweit andere Sachlage als OLG Düsseldorf, Az. Verg 30/19 vom 01.04.2020).

Im Gegensatz zu diesen Erklärungen hatte die Antragstellerin im Formblatt 221 (Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation) unter Ziffer 3.5 Nachunternehmerleistungen in einem nicht unbedeutenden Umfang verpreist. Es trifft zwar zu, dass diese Unterlage nicht Vertragsbestandteil wird und nur der Erläuterung dient (siehe Angebotsschreiben Seite 1). Die Antragsgegnerin hatte diese Erklärung jedoch von den Bietern bei Angebotsabgabe verbindlich gefordert (insoweit andere Sachlage als OLG Koblenz vom 19.01.2015, Az. Verg 6/14). Sie ist damit Bestandteil des Angebotes. Bei der Auslegung sind sämtliche von den Bietern abgegebene Erklärungen (auch Erläuterungen) von Relevanz.

Die Antragstellerin hatte in ihrem Angebot einerseits den Einsatz von Nachunternehmern ausgeschlossen. Andererseits hat sie jedoch in der Kalkulation Fremdleistungen eingeplant. Dies ist widersprüchlich. Damit ist das Angebot im Sinne des § 13EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 3 VOB/A nicht zweifelsfrei und somit auch nicht zuschlagsfähig.

Soweit die Antragstellerin mit Schreiben vom 17.09.2020 vorbringt, es handele sich bei den betreffenden Leistungen um Baunebenleistungen (Transport- und Speditionsleistungen, Vermessungsleistungen sowie die Auslegung von Pflaster und Borden), rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Die Angebote sind vielmehr so zu werten, wie sie der Antragsgegnerin vorgelegt wurden.

Unabhängig hiervon ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin, dass ihre Erklärungen im Formblatt 221 und 235 inhaltlich nichtzutreffend sind. Aufgrund der fehlerhaften Eintragungen stehen beide Erklärungen nicht miteinander im Einklang.

Sie wäre gehalten gewesen, gerade die Teilleistung „Auslegung von Pflaster und Borden“ im Formblatt 235 anzugeben. Ein Nachunternehmen wird im Auftrag und auf Rechnung des Bieters eigenständig tätig. Als Nachunternehmerleistungen werden alle Leistungen, die Bestandteil des Leistungsverzeichnisses sind und von einem anderen Unternehmen als dem Bieter selbst ausgeführt werden, qualifiziert. Anders als die Antragstellerin meint, sind die vorgenannten Pflasterarbeiten Positionen des Leistungsverzeichnisses unter Pkt. 01.07.0070 Seite 77 ff.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin Leistungen wie Transport und Vermessung im Formblatt 221 als Nachunternehmerleistung kalkuliert. Dies ist fehlerhaft. Diese Leistungen beschränken sich im vorliegenden Fall auf reine Hilfsfunktionen und sind nicht Teil des Leistungsverzeichnisses. Es werden durch den Dienstleistenden lediglich die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass die Bieter die ausgeschriebenen Leistungen selbst erbringen können (vergl. Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 122 GWB Rn. 41). Im streitgegenständlichen Verfahren sind daher Transport -und Vermessungsarbeiten nicht als Subunternehmerleistung anzusehen.

In unzutreffender Weise ist die Antragstellerin auch in ihrem Nachprüfungsantrag vom 16.07.2020 davon ausgegangen, diese Leistungen durch den Einsatz von Nachunternehmern erbringen zu wollen.

Bei dieser Sachlage bleibt für eine Aufklärung des Angebotes der Antragstellerin nach § 15EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A kein Raum.

Im Sinne des § 15EU Abs. 3 VOB/A ist es der Antragsgegnerin verwehrt, der Antragstellerin die Möglichkeit einzuräumen, ihr Angebot nachzubessern. Es würde gegen das Nachverhandlungsverbot verstoßen, wenn die Antragsgegnerin der Antragstellerin gestatten würde, ihre Erklärungen zum Einsatz von Nachunternehmern nachträglich zu modifizieren (vergl. OLG Düsseldorf VII-Verg 10/04 v. 05.05.2004, 3. VK LSA vom 03.06.2015, Az. 3 VK LSA 24/15). Nach Ablauf der Angebotsfrist ist eine inhaltliche Änderung der Angebote nicht statthaft. Erklärungen über Art und Umfang eines beabsichtigten Nachunternehmereinsatzes sind kalkulationserheblich und wirken sich auf die Wettbewerbsstellung aus. Weiterhin spielen sie bei der Beurteilung der Eignung der Bieter eine bedeutende Rolle (vergl. 3. VK LSA a.a.O.).

Außerdem soll vermieden werden, dass Bieter unklare Angebote im Nachhinein so verstanden wissen wollen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint und sich so nachträglich einen Wettbewerbsvorteil verschaffen (vergl. Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV 2017, § 57, Rn 36). Dies würde gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.

Bei dieser Sachlage ist die Antragsgegnerin auch nicht befugt, die Antragstellerin gemäß § 16 a EU Abs. 1VOB/A aufzufordern, ihre fehlerhaften Eintragungen in den Formblättern 235 und 221 zu korrigieren. Auch dies würde dem Verbot, Angebote nachträglich inhaltlich abzuändern, substantiell

widersprechen. Es handelt sich hierbei nämlich um leistungsbezogene Erklärungen. Für diese ist eine entsprechende Möglichkeit nach § 16aEU Abs.1 S. 1 VOB/A nicht vorgesehen.

Das Angebot der Antragstellerin ist allerdings nicht nach § 16EU Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13EU Abs.1 Nr.1 VOB/A auszuschließen. Es trifft zwar zu, dass sie durch die Übersendung eines schriftlichen Angebotes eindeutig gegen die in der Auftragsbekanntmachung aufgestellten Vorgaben verstieß. Sie hat jedoch das Angebot, wie gefordert, auch elektronisch eingereicht. Damit hat sie die gemäß § 13EU Abs.1 Nr.1 VOB/A vorgeschriebene Form gewahrt. (vergl. OLG Frankfurt 11 Verg 07/19 vom 18.02.2020).

Die Vergabekammer hat gem. § 168 Abs. 1 S. 1 GWB Maßnahmen zu treffen, die geeignet sind, eine Rechtsverletzung zu beseitigen. Sie hat weiterhin eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Die Antragstellerin hat jedoch i. S. der vorgenannten Vorschrift keinen Schaden, da sie bei objektiver Betrachtung keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlages hat. Ihr Angebot hätte unabhängig von ihrem Vorbringen im Nachprüfungsverfahren ohnehin zwingend ausgeschlossen werden müssen (vgl. OLG Naumburg vom 12.09.2016, Az.: 7 Verg 5/16; OLG Naumburg vom 25.10.2005, Az.: 1 Verg 5/05; OLG Naumburg vom 25.07.2019, Az.: 7 Verg 1/19). Im streitgegenständlichen Verfahren hat zumindest ein Mitbieter ein zuschlagfähiges Angebot abgegeben.

Bei dieser Sachlage ist die Vergabekammer nicht berechtigt, in das Vergabeverfahren einzugreifen (vgl. Weyand a.a.O. § 114 GWB Rn. 6). Es bleibt damit offen, ob die von der Antragstellerin vorgebrachten Vergabeverstöße vorliegen.

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 166 Abs. 1 S. 3 Alt. 3 GWB verzichtet, weil allein aufgrund der Aktenlage die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages erfolgen musste. Eine andere Bewertung hätte sich auch nach der Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht ergeben können. Es ist der Vergabekammer gestattet, nach Aktenlage zu entscheiden, wenn sich die Unbegründetheit nach erfolgter Übermittlung des Nachprüfungsantrages an die Antragsgegnerin und aufgrund einer vertieften Prüfung der Sach- und Rechtslage an Hand der übersandten Vergabeakten und der Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten ergibt (vgl. OLG Naumburg vom 25.07.2019, Az.: 7 Verg 01/19).

Der Antragstellerin wurde keine Akteneinsicht gewährt. Sie verfügt bereits über alle Unterlagen, um den Sachverhalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht beurteilen zu können.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten (Gebühren und Auslagen) zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt, mithin die Antragstellerin. Sie ist mit ihrem Begehren nicht durchgedrungen.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 182 Abs. 2 S. 1 GWB. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens.

Als Grundlage für die Bemessung des wirtschaftlichen Wertes (Brutto) dient der Vergabekammer der Angebotspreis der Antragstellerin. Nach der Gebührenformel der Vergabekammer ergibt sich ein Richtwert von XXX Euro inklusive der Mindestgebühr gem. § 182 Abs. 2 S. 1 GWB in Höhe von 2.500,00 Euro sowie XXX Euro für die entstandenen Auslagen. Es besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB hat die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung oder Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen. Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin notwendig (§ 182 Abs. 4 S. 5 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG).

IV.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr XXX, hat den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

XXX

XXX