

Leitsätze:

1. Fehlende Preisangaben führen zwingend zum Angebotsausschluss. Dies gilt auch für eindeutige geforderte Preisangaben für Wartungsleistungen.
2. Fehlen in mehr als einer Position Preisangaben, ist § 16 EU Nr.3 2. Halbsatz VOB/A nicht anwendbar.

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte:
.....
(**Antragstellerin - ASt**)

Vergabestelle:
(**Vergabestelle - VSt**)

Beigeladene:
(**Beigeladene - BGl**)

Bauvorhaben:

Gewerk:
Heizkessel- und BHKW-Anlagen

Vergabeverfahren: **Offenes Verfahren nach § 3 EU Nr. 1 VOB/A**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 28.05.2018 durch die Vorsitzende, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb die Leistung Heizkessel- und BHKW-Anlagen im Offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis (Ziff. II.2.5) der Bekanntmachung).

Mit der Angebotsaufforderung (Formular 211 EU) hat die VSt angegeben, welche Unterlagen der Ausschreibung vorgelegt werden müssen.

Das unter A) im Formular 211 EU aufgezählte „Formular 242.H Instandhaltung“, legt in Ziffer 3 fest:

Im Vertragsformular und

- in Anlage zum Vertragsformular
- in den Beiblättern des Vertragsformulars

sind die geforderte Vergütung und die dazu geforderten Angaben einzutragen.

Weiterhin sind

- in einer gesonderten Aufstellung/Arbeitskarte die von Ihnen vorgesehenen regelmäßigen Leistungen (Inspektions- und Wartungsarbeiten einschließlich Zeitabstände) für die verschiedenen Anlagenteile/Geräte einzutragen. Wird die Aufstellung/Arbeitskarte nicht mit dem Angebot vorgelegt, erfolgt keine Nachforderung. Das Angebot wird ausgeschlossen.

...

- die in der/den beigefügte/n Arbeitskarte/n beschriebenen Leistungen ohne Änderungen anzubieten“

Die Ausschreibungsunterlagen enthielten einen Vertrag für die Wartung und die Inspektion der AWG-, Lüftungs- und Wärmeversorgungsanlagen inkl. MSR und einen Vertrag für die Wartung und die Inspektion des Blockheizkraftwerks.

In Ziffer 2 der Verträge sind die Leistungen des Auftragnehmers festgelegt.

In Ziffer 2.4 heißt es:

- 2.4 *Der Auftragnehmer ist - auch außerhalb der regelmäßigen Wartungstermine - verpflichtet, Störungen, die die Anlagensicherheit beeinträchtigen oder die Gebäudenutzung gefährden, nach Aufforderung zu beseitigen.
Er hat die Arbeiten unverzüglich innerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit auszuführen.*

In beiden Verträgen sind unter Ziffer 5 folgende Preise anzugeben:

5. Vergütung

- 5.1 *Für die in der/den Bestandsliste/n aufgeführte/n Anlage/n wird/werden nachstehende jährliche Vergütung/en* unter Zugrundelegung des zum Zeitpunkt des Entstehens der Steuer geltenden Umsatzsteuersatzes vereinbart*:*

Für	von	€
Für	von	€
Für	von	€
Für	von	€
Summe		_____ €
+ Umsatzsteuer	%	€
Gesamtbetrag		_____ €

Mit dieser Vergütung sind abgegolten:

- die Wartung nach Nr. 2.1,
- die Instandsetzung nach Nr. 2.2 mit Lieferung benötigter Klein-/Ersatzteile bis zum Nettowert von insgesamt 25 € je Wartung und Anlage (Ersatzteile mit einem Nettowert über 25 € je Teil werden gesondert vergütet),
- die Kosten für die in Nr. 3.2 bezeichneten Hilfsmittel und - Stoffe,
- die Kosten von entsprechend der Arbeitskarte zu liefernden Materialien,
- die Kosten für die entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen vorzunehmende Entsorgung von ausgetauschten Teilen, Hilfs-/Betriebsstoffen, Abfällen und Verpackungen,
- alle sich aus den Leistungen nach Nr. 2.1 und 2.2 ergebenden Nebenkosten, z.B. Fahrt- und Transportkosten, Auslösungen, Tage- und Übernachtungsgelder, Schmutz- und Erschwerniszulagen, Überstunden sowie Sonn- und Feiertagszuschläge.

- 8* Getrennte jährliche Vergütungen sind nur zu vereinbaren, wenn in einem Vertrag mehrere unterschiedliche Anlagen zusammengefasst werden,
9* vom Bieter auszufüllen

5.2 Leistungen nach Nr. 2.4 werden wie folgt vergütet (netto): 10

Stundenverrechnungssatz: Obermonteur	€
Monteur	€
Helfer	€
Zuschlag für Leistungen außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit		
Überstunden	%
Nacht-/Schichtarbeit	%
Sonn-/Feiertagsarbeit	%
Fahrtkosten (An- und Abfahrt):	€/Auftrag
Entfernung Einsatzort - nächstgelegene Niederlassung	km
km-Pauschale pro Fahrkilometer	€/km

Für die Fahrtzeit werden keine Arbeitsstunden vergütet.

10° vom Bieter auszufüllen

Als Anhang 2 zum Vertrag ist ein Deckblatt der Arbeitskarte für die Leistungsumfänge des BHKW beigegeben

Deckblatt für Arbeitskarte

Anhang 2 zum Vertrag für Wartung und Inspektion von techn. Anlagen und Einrichtungen

BHKW

Datum:

Arbeitskarte für Leistungsumfänge BHKW

(Anlagenart/KG, Bezeichnung der Anlage)

Besondere Hinweise für die Kostengruppe

Die in der Arbeitskarte (Leistungskennziffern 1001 - 2004) beschriebenen Wartungsarbeiten sind entsprechend Ihrer Kostengruppen definiert.
Die für einen regulären Betrieb der BHKW-Anlage notwendigen Wartungsarbeiten inkl. deren Fristen (Wartungsplan) sind vom Bieter mit Angebotsabgabe anzugeben.

Arbeitskarte für die Leistungsumfänge BHKW

Leistungs-kennziffer	Inspektions- und Wartungsarbeiten			Fristen						Bemerkungen	
				1- mo- natl.	3- mo- natl.	6- mo- natl.	12- mo- natl.	24- mo- natl.	bei Be- durf		
1	0	0	1								Fristen gem. Herstellervorgaben bzw. Stand der Technik Ein Wartungsplan ist vom AN vorzulegen
1	0	0	2								Fristen gem. Herstellervorgaben bzw. Stand der Technik Ein Wartungsplan ist vom AN vorzulegen
1	0	0	3								Fristen gem. Herstellervorgaben bzw. Stand der Technik Ein Wartungsplan ist vom AN vorzulegen
1	0	0	4								Fristen gem. Herstellervorgaben bzw. Stand der Technik Die Lieferung und Entsorgung des Verbrauchsmittels erfolgt von Seiten AG und ist nicht mit zu berücksichtigen Ein Wartungsplan ist vom AN vorzulegen
1	0	0	5								Fristen gem. Herstellervorgaben bzw. Stand der Technik Die Lieferung und Entsorgung des Verbrauchsmittels erfolgt von Seiten AG und ist nicht mit zu berücksichtigen. Ein Wartungsplan ist vom AN vorzulegen
1	0	0	6								Fristen gem. Herstellervorgaben bzw. Stand der Technik Die Lieferung und Entsorgung des Verbrauchsmittels erfolgt von Seiten AG und ist nicht mit zu berücksichtigen. Ein Wartungsplan ist vom AN vorzulegen
1	0	0	7								Fristen gem. Herstellervorgaben bzw. Stand der Technik Ein Wartungsplan ist vom AN vorzulegen

Zum Eröffnungstermin am xx.xx.xxxx haben 8 Bieter ein Angebot abgegeben. Das Angebot der Antragstellerin wies im Angebotsschreiben (Formular 213.H) unter Ziff. 2 die Bruttopreise für den Gesamtauftrag und die Gesamtsumme der jährlichen Vergütung für die Instandhaltungsverträge aus.

Das Angebot der ASt liegt nach rechnerischer Prüfung an 1. Stelle. Das Angebot der BGI nimmt Rang 2 ein.

2.

Dem Angebot der ASt lagen die unbearbeiteten Wartungsverträge ohne Eintragungen bei. Insbesondere fehlen Preisangaben in Ziffer 5.1 und 5.2 der Wartungsverträge und die Fristen der notwendigen Wartungsarbeiten für den Betrieb der BHKW-Anlage.

3.

Am 14.03.2018 teilt die VSt der ASt mit, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen werde, weil es Preise nicht enthalte und nicht alle in den Vergabeunterlagen

gestellten Bedingungen erfülle. Beide Wartungsverträge seien nicht ausgefüllt worden und es würden die geforderten Arbeitskarten fehlen. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag am 26.03.2018 auf das Angebot der BGI zu erteilen.

4.

Mit Schreiben vom 16.03.2018 rügt die ASt den Ausschluss ihres Angebots. Die Antragstellerin habe alle im Formular 211 EU unter Punkt C) genannten Unterlagen vorgelegt, soweit diese erforderlich waren. Einzig der Vertragstext für Wartung und Inspektion des BHKW und der AWG-, Lüftungs- und Versorgungsanlagen sei in Ziffer 5 nicht ausgefüllt worden. Dort seien die Vergütung für die Inspektionen aufzuschlüsseln. Es handele sich jedoch um unwesentliche Positionen und das Fehlen wäre ohne Einfluss auf den Gesamtpreis bzw. auf die Wertung der Angebote. Im Angebotsschreiben nach Formular 213.H habe die Antragstellerin sowohl die Angebotsendsumme, als auch die Gesamtsumme der jährlichen Vergütung für die Instandhaltungsverträge angegeben. Daraus sei der angebotene Preis ohne weiteres und zweifelsfrei erkennbar.

Aus den Ausschreibungsunterlagen sei nicht zweifelsfrei zu erkennen gewesen, welche Arbeitskarten mit dem Angebot vorgelegt werden müssten. Die Angaben unter Ziffer 3 im Formblatt 242. H seien widersprüchlich. Dort sei gefordert, dass „die in der/den beigefügten Arbeitskarte/n beschriebenen Leistungen ohne Änderungen anzubieten“ seien. Deshalb sei eine Vorlage der Arbeitskarten mit dem Angebot obsolet.

Es sei auch nicht nachvollziehbar, welche Angaben in den Arbeitskarten gemacht werden sollten. Denn die Zeitabstände für die Inspektion- und Wartungsarbeiten sollten in der Arbeitskarte für das BHKW durchgehend „gem. Herstellervorgaben“ erfolgen. Die Intervalle für Inspektion- und Wartungsarbeiten seien je nach Hersteller unterschiedlich vorgegeben. Eintragungen seien in den Arbeitskarten deshalb nicht vorzunehmen gewesen.

Selbst wenn bei der ASt relevante Preise und/oder Unterlagen nicht vorgelegen haben, hätten diese entsprechend § 16a VOB/A EU nachgefordert werden müssen.

5.

Am 22.03.2018 stellt die ASt einen Nachprüfungsantrag und beantragt:

1. ein Nachprüfungsverfahren gem. § 160 ff. GWB einzuleiten,
2. der VSt aufzugeben, den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der BGI zu unterlassen,
3. der VSt aufzugeben, den Zuschlag auf das Angebot der ASt zu erteilen

hilfsweise die VSt zu verpflichten,

- nach Auffassung der Vergabekammer ggf. fehlende Angebotsunterlagen bei der Antragstellerin nachzufordern und
 - unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer und ggf. nachzureichender Angebotsunterlagen erneut über den Zuschlag der ausgeschriebenen Leistung „Heizkessel- und BHKW-Anlagen“ für die Baumaßnahme „..... - Erneuerung Energieversorgung“ (Maßnahmennummer, Vergabenummer) zu entscheiden,
4. die Vergabeakten beizuziehen und der ASt Akteneinsicht zu gewähren,
 5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären und
 6. der VSt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzulegen.

Zur Begründung vertieft die ASt die Ausführungen aus ihrer Rüge.

6.

Mit Schreiben vom 22.03.2018 übermittelte die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag an die VSt.

Die VSt hat die Vergabeakte vorgelegt und beantragte am 27.03.2018 festzustellen, dass

1. der Antrag unbegründet und somit abzulehnen ist
2. die ASt die Kosten des Verfahrens zu tragen hat

Sollte der Antrag zurückgezogen werden, wird beantragt festzustellen, dass

3. das gesetzliche Verbot des § 134 GWB somit der Erteilung des Auftrags nicht mehr entgegensteht.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Die ASt sei zu Recht ausgeschlossen worden, weil in ihrem Angebot Preise in den Wartungsverträgen nicht angegeben worden seien und Aufstellungen/Arbeitskarten fehlen würden.

In den Wartungsverträgen sei unter Punkt 5.1 die jährliche Vergütung einzutragen gewesen. Unter 5.2 hatten die Bieter weitere Vergütungssätze bzw. Angaben zur Lohnänderung anzugeben. Bei der ASt würden diese Preisangaben fehlen.

Außerdem fehle im Angebot der ASt eine Aufstellung/die Arbeitskarten zum Wartungsvertrag Blockheizkraftwerk. Im Wartungsvertrag sei festgelegt, dass die Bieter die Ar-

beitskarten entsprechend dem gewählten Fabrikat auszufüllen hatten und mit der Angebotsabgabe vorlegen mussten. In den Vergabeunterlagen sei im Formblatt 242.H festgelegt, dass bei Nichtvorlage der Aufstellung/Arbeitskarte bei Angebotsabgabe das Angebot ausgeschlossen werde.

7.

Mit Schreiben vom 04.04.2018 trägt die ASt vor:

Das fehlende Ausfüllen der Wartungsverträge sei kein tauglicher Ausschlussgrund, weil es sich um unterordnete Positionen des Wartungsteils des Auftrages handele, der nur einen Bruchteil des Gesamtvolumens ausmache. Die ASt habe den Gesamtpreis der Wartung im Formular 213.H unter Ziff. 2 angegeben. Der VSt würden keine Preisangaben zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Angebotes der ASt fehlen. Die fehlende Aufzählung des angebotenen Preises für die einzelnen vier Jahre im Wartungsvertragsmuster und die Angabe der nur für Nebenaufträge relevanten Stundenverrechnungssätze sei „unwesentlich“ in Sinne von § 16 Nr. 3 VOB/A EU. Auf § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EU könne der Ausschluss nicht gestützt werden.

Auch die von der Antragstellerin nicht vorgenommene Ausfüllung der Arbeitskarte sei kein Ausschlussgrund. Die Ausschreibung habe im Formular 242.H ausdrücklich festgelegt, dass „die in der/den beigefügte/n Arbeitskarte/n beschriebenen Leistungen ohne Änderungen anzubieten“ seien. Aus Sicht der ASt sei deshalb nichts zu veranlassen gewesen.

Wenn die VSt bzgl. der Vollständigkeit anderer Auffassung sei, dann hätte sie die Unterlagen nachfordern müssen.

Der entgegenstehende Hinweis in der Ausschreibung, dass fehlende Erklärungen nicht nachgefordert würden, sei unzulässig und somit unwirksam, weil er gegen die Vorgabe des § 16a VOB/A EU verstoße. Auf § 13 Abs. 4 VOB/A EU könne der Ausschluss des Angebotes der ASt nicht gestützt werden.

8.

Die Vergabekammer hat am 05.04.2018 die Fa. zum Verfahren beigelesen.

Auf den Schriftsatz der BGI vom 11.04.2018 wird verwiesen.

9.

Die Vorsitzende hat die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 GWB letztlich bis einschließlich 08.06.2018 verlängert.

10.

In der mündlichen Verhandlung am 28.05.2018 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen. Die ASt bekräftigt ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 22.03.2018, die VSt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 27.03.2018. Die BGI stellt keinen Antrag.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB.
- c) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.
- d) Die Projektkosten übersteigen den Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).
- e) Der Zuschlag an die BGI wurde noch nicht erteilt (§ 168 Abs. 2 Satz 1 GWB).
- f) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht (§ 160 Abs. 2 GWB).
- g) Die ASt hat am 16.03.2018 ihren Angebotsausschluss rechtzeitig gerügt.

2.

Der Nachprüfungsnachtrag ist unbegründet.

Die ASt ist nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

Der Ausschluss des Angebots der ASt ist rechtmäßig, weil Preisangaben in den Wartungsverträgen fehlen.

- a) Angebote sind zwingend auszuschließen, wenn sie nicht die geforderten Preise enthalten (§ 16 EU Nr. 3 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A).

aa) Das Angebot der ASt ist auszuschließen, weil Preisangaben fehlen, die in den Verträgen für die Wartung und die Inspektion der AWG-, Lüftungs- und Wärmeversorgungsanlagen inkl. MSR und für die Wartung und die Inspektion des Blockheizkraftwerks jeweils in den Ziffern 5.1 und 5.2 verlangt waren. Fehlende Preisangaben führen zwingend zum Angebotsausschluss. Dies gilt auch für eindeutige geforderte Preisangaben für Wartungsleistungen (OLG Düsseldorf v. 24.09.2014 - Verg 19/14).

bb) Eine Ausnahme von dem Ausschlusszwang nach § 16 EU Nr.3 2. Halbsatz VOB/A kommt nicht in Betracht. Nach § 16 EU Nr.3 2. Halbsatz VOB/A können ausnahmsweise Angebote, bei denen lediglich in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt, in der Wertung bleiben. Vorliegend fehlten sowohl im Vertrag für die Wartung und Inspektion der AWG-, Lüftungs- und Wärmeversorgungsanlagen inklusive MSR und für die Wartung und Inspektion des Blockheizkraftwerks jeweils in den Ziffern 5.1 und 5.2 sämtliche Preisangaben. Fehlen in mehr als einer Position Preisangaben, ist § 16 EU Nr.3 2. Halbsatz VOB/A nicht anwendbar (KG Berlin v. 13.05.2013 - Verg 10/12).

cc) Die ASt kann mit dem Argument nicht durchdringen, dass ein Ausschluss nicht erfolgen kann, wenn die fehlenden Preise keinen Einfluss auf die Angebotswertung haben. Der Ausschluss ist auch dann zwingend, wenn die unterbliebenen Preisangaben keinerlei Wettbewerbsrelevanz haben (KG Berlin v. 13.05.2013 - Verg 10/12).

dd) Die ASt hat im Angebotsschreiben unter Ziffer 2 lediglich einen Gesamtpreis für beide Wartungsverträge angegeben, die geforderten Einzelangaben jeweils in Ziffer 5.1 für die Wartung der AWG-, Lüftungs- und Wärmeversorgungsanlagen inklusive MSR und für die Wartung des BHKW fehlen. Aus dem Gesamtbetrag für beide Wartungsverträge kann auf die geforderten Preise nicht zurückgeschlossen werden, die für die jeweiligen Wartungsverträge beansprucht werden. In den Ziff. 5.2 der Wartungsverträge waren die Vergütungen für eine Störungsbeseitigungsleistung anzugeben. Diese Preise fehlen im Angebot der Antragstellerin gänzlich und sind im Gesamtpreis für die Wartungsverträge nicht enthalten.

Damit ein Angebot vergleichbar ist, ist jeder vorgesehene Preis so wie gefordert anzugeben. Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes

Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn grundsätzlich ohne Weiteres vergleichbare Angebote abgegeben werden. Dies erfordert, dass hinsichtlich jeder Position alle einzelnen Preise bekannt sind.

Die fehlenden Preisangaben können auch nicht im Rahmen einer Nachverhandlung nach § 15 EU VOB/A eingeholt werden, weil dies einer unstatthaften Verhandlung gleichkäme. Fehlende Preisangaben dürfen im Vergabeverfahren nicht nachgeholt und das Angebot insoweit nicht aufgefüllt werden (OLG Düsseldorf v. 24.09.2014 - Verg 19/14).

- b) Da das Angebot der Antragstellerin schon zwingend wegen der fehlenden Preisangaben auszuschließen war, kommt es nicht mehr darauf an, ob wegen den fehlenden Arbeitskarten für das BHKW ein weiterer Ausschlussgrund vorgelegen hat.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c) Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keine Anträge gestellt und daher kein Kostenrisiko übernommen. Eine Erstattung ihrer Aufwendungen scheidet daher aus.
- d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Angebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet. Eine Kostenrechnung an die ASt in Höhe des Differenzbetrages von x.xxx,- € wird nachgereicht.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....