

Vergabekammer beim Thüringer Landesverwaltungsamt  
Postfach 22 49, 99403 Weimar

**Vergabekammer  
Freistaat Thüringen**

Per Fax: xxxxx  
Mit Zustellungsurkunde  
xxxxx

**Geschäftsstelle:**  
Telefon 0361 57 332-1254  
Telefax 0361 57 332-1059

vergabekammer@  
tlvwa.thueringen.de

**Ihr Zeichen:**

**Nachprüfungsverfahren gem. § 19 ThürVgG,  
aufgrund einer Beanstandung vom xxxxx d. d. xxxxx GmbH & Co. KG  
(Beschwerdeführerin), vertr. d. d. xxx Rechtsanwälte Partnerschaft  
mbB, Stuttgart, gegenüber der xxxxx GmbH (Auftraggeber), betreffend  
das Vergabeverfahren "Solarthermie xxxxx"**

**Unser Zeichen:**  
(bitte bei Antwort angeben)  
250-4002-4402/2018-N-006-EF

Weimar  
06.06.2018

**hier: Los 1 - Errichtung Solarthermiefeld mit Vakuumröhrenkollektoren  
einschl. Anlagentechnik**

### **Beanstandung durch die Vergabekammer**

In dem o. g. Vergabenachprüfungsverfahren wird durch die Vergabekammer  
Freistaat Thüringen Folgendes festgestellt:

- 1. Das vorliegende Vergabeverfahren zu Los 1 wird als rechtswidrig  
beanstandet.**
- 2. Der Auftraggeber wird verpflichtet, das Vergabeverfahren zumindest  
in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen  
und – soweit die Vergabeabsicht fortbesteht - den Bewerbern  
und Bietern erneut die Gelegenheit zur Abgabe  
vergaberechtskonformer Angebote zu geben.**
- 3. Die Vergabekammer Freistaat Thüringen ist bis zum 28.06.2018 über  
die Umsetzung der vorliegenden Entscheidung zu unterrichten.**

Der Auftraggeber hat das o. g. Vorhaben auf „subreport“ und „bund.de“ nach  
VOB/A öffentlich ausgeschrieben.

Laut dem Bekanntmachungstext wurde der zu vergebene Bauauftrag in zwei  
Lose aufgeteilt: Los 1 - Errichtung Solarthermiefeld mit  
Vakuumröhrenkollektoren einschl. Anlagentechnik auf einer Fläche von ca.  
1.900 m<sup>2</sup>, Los 2 - Errichtung Solarthermiefeld mit Flachkollektoren einschl.  
Anlagentechnik auf einer Fläche von ca. 985 m<sup>2</sup>. Die Vergabeunterlagen  
werden nur elektronisch zur Verfügung gestellt. Es war losweise Vergabe  
vorgesehen; Angebote konnten für ein oder mehrere Lose abgegeben

**ACHTUNG: Neue Adresse!**

**Vergabekammer beim  
Thüringer Landesverwaltungsamt**  
Jorge-Semprún-Platz 4  
99423 Weimar

www.thueringen.de

**Geschäftszeiten:**  
Montag-Donnerstag: 08:30-12:00 Uhr  
13:30-15:30 Uhr  
Freitag: 08:30-12:00 Uhr

**Bankverbindung:**  
Landesbank Hessen-Thüringen  
(HELABA)  
IBAN: DE80820500003004444117  
BIC: HELADEF820

werden. Nebenangebote waren nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen. Als Ablauf der Angebotsfrist war der 09.01.2018 um 10:00 Uhr angegeben. Als Eröffnungstermin war der 09.01.2018 um 10:00 Uhr angegeben. Als Nachweise zur Eignung war für präqualifizierte Unternehmen der Eintrag ins Präqualifikationsverzeichnis vorgegeben, nicht präqualifizierte Bieter hatten danach mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt Eigenerklärung zur Eignung vorzulegen, bei Nachunternehmern nur auf Verlangen. Das Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung“ ist erhältlich in den Beschaffungsunterlagen. Zum Nachweis über die technische Leistungsfähigkeit war vorgegeben: Angabe von drei vergleichbaren Referenzen (Formblatt 444) pro Los! Unter „Sonstiges“ war angegeben:

*„Als Zuschlagskriterium gelten die niedrigsten spezifischen Kosten. Diese setzen sich aus den Kosten dividiert durch den garantierten Ertrag zusammen.“*

Laut Nr. 1.2 der Erläuterungen zur Leistungsbeschreibung (Seite 4) soll die zur Verfügung stehende Fläche vollständig ausgenutzt werden. Die in den Plänen dargestellte Belegung kann durch den AN angepasst werden.

Die Ausschreibung soll aus Funktionalausschreibung zu verstehen sein, die Auftragserteilung erfolgt als Festpreisvertrag. Zum Leistungsumfang gehört ebenfalls auch die Planung der jeweiligen Solarthermieanlage bis zu den genannten Leistungsgrenzen.

Zu „Los 1 - Leistungsbeschreibung Lieferung und Montage Solarthermiefelder mit Vakuumröhrenkollektoren“ war unter der Überschrift „Grundsätzliche Spezifikationen“ u. a. Folgendes vorgegeben:

*„Es obliegt es dem Bieter, die vorgegebenen Flächen (Plan T1 und T2) mit den entsprechenden Kollektoren zu bebauen. Ziel ist es, aus der zur Verfügung stehenden Fläche mit möglichst geringen Investitionskosten den höchstmöglichen solaren Ertrag zu erzielen.“*

...

*Qualitative Kriterien:*

- *Einhaltung Tests und Parameter nach DIN EN 12975*
- *Solar-Keymark-zertifizierter Kollektor*

*Anforderungen:*

Verfügbare Aufständerfläche:                 1.100 m<sup>2</sup> (Feld 1)  
  880 m<sup>2</sup> (Erweiterung Feld 1)

...

*Der spezifische Feldertrag für die angebotenen Kollektoren bei einer Temperatur von 67/88 °C und einer Ausrichtung von 30° West darf nicht unter 600 kWh/m<sup>2</sup>a liegen.*

...

*Gute Flächenausnutzung:*

*Mit der verfügbaren Fläche soll ein maximaler Ertrag erzielt werden. Betrachtet wird die erreichte Feldleistung im Betriebspunkt.*

*Den Auftrag erhält der Anbieter, dessen Angebot*

- *die Kriterien der Qualität und der Anforderungen erfüllt*  
    *und*
- *die niedrigsten spezifischen Kosten aus Investition und Ertrag aufweist.*

Angebotene Bauart

Hersteller: .....

angebotenes Fabrikat/Typ .....

Aperturfläche ( $A_{\text{Apertur}}$ ): Feld 1: .....  $\text{m}^2$

Feld 1 Erweiterung: .....  $\text{m}^2$

Maximaler Strangdruckverlust: ..... bar

Kollektorwirkungsgrad im Referenzbetriebspunkt BP:

$\eta_0$ : .....

$a_1$ : .....  $\text{W}/\text{m}^2\text{K}$

$a_2$ : .....  $\text{W}/\text{m}^2\text{K}^2$

garantierte Leistung des Feldes 1: ..... kW

garantierte Leistung des Feldes Erweiterung Feld 1: ..... kW

garantierte Gesamtleistung Feld 1 und Erweiterung: ..... kW

*Der Bieter hat mit Angebotsabgabe einen Kollektor-Belegungsplan für die beiden Flächen und die Datenblätter einschl. Prüfzeugnisse einer zugelassenen Prüfstelle der Kollektoren vorzulegen.“*

Laut der Niederschrift über die gemeinsame Öffnung der Angebote zu allen Losen sind bis zum Ablauf der Angebotsfrist 3 Angebote eingegangen. Bieter 1 (die Beschwerdeführerin) hat nur für Los 1 ein Hauptangebot (mit einer Angebotssumme i. H. v. xxx.xxx,xx Euro) sowie ein Nebenangebot abgegeben. Bieter 2 hat nur ein Hauptangebot für das Los 2 und Bieter 3 (die Firma xxxxx mbH) hat jeweils für jedes Los ein Haupt- und zwei Nebenangebote abgegeben.

Bieter 3 hat bei jedem Haupt- und Nebenangebot zu Los 1 auf einem selbst erstellten Deckblatt vermerkt:

*„HINWEIS zu „garantierter Jahresertrag“ (Eintragung LV S. 14 bzw. 17):  
Diese Angaben sind ohne Verschattung berechnet. Zumindest im Winter sind die südlichsten Kollektoren zeitweise durch Gebäude verschattet.“*

Zudem hat Bieter 3 bei seinem Nebenangebot 1 zu Los 1 auf dem eigenen Deckblatt noch vermerkt:

*„Kollektoranordnung ertragsoptimierte Aufstellung, um die niedrigsten Kosten (Investition/Ertrag) darzustellen.  
Details siehe Belegungsplan (die in der Ausschreibung dargestellten Grenzen werden wie beim Vor-Ort-Termin besprochen leicht überschritten)“.*

Zu Los 1 ergibt sich laut dem Vergabevorschlag des Planungsbüros vom 16.02.2018, bestätigt durch Vertreter des Auftraggebers am 16.04.2018, zu Los 1 Folgendes:

Das Nebenangebot der Beschwerdeführerin zu Los 1 wurde nicht gewertet, weil es den technischen Mindestanforderungen nicht entspricht.

Das Nebenangebot 2 des Bieters 3 wurde ebenfalls nicht gewertet, da es technische Optimierungen bei einer gemeinsamen Vergabe der Lose 1 und 2 an den Bieter beinhaltet, vorliegend jedoch eine losweise Vergabe vorgesehen ist.

Die Hauptangebote der Beschwerdeführerin und des Bieters 3 wurden gewertet.

Resultierend aus den Berechnungen habe sich gezeigt, dass Bieter 3 mit seinem Nebenangebot 1 die niedrigsten spezifischen Kosten aufweist. Dabei sei jedoch zu beachten, dass die vorgegebenen Baufeldgrenzen im Erweiterungsfeld um etwa 19% und im Feld 1 etwa 2% überschritten wurden und dadurch eine größere Fläche für den solaren Ertrag eingerechnet wurde. Vom Planungsbüro wird eingeschätzt, dass sich der solare Ertrag und die Investitionskosten linear verhalten. Dies sei in Spalte 5 (Bieter 3 NA 1 reduziert) entsprechend berücksichtigt worden.

Aufgrund des wesentlich höheren Garantiewertes für den Ertrag als auch des niedrigeren Angebotspreises sowie im Resultat des technischen Aufklärungsgespräches wird empfohlen, dem Bieter 3 (Nebenangebot 1) den Zuschlag für das Los 1 auf das Nebenangebot Los 1 zu erteilen.

Laut der darin in tabellarischer Form dargestellten Ermittlung des Quotienten aus Investitionskosten (€ netto) [hier: dem Angebotspreis netto] und dem Jahresertrag, Aperturfläche, 67/88 °C (kWh/a) ergab sich folgende, nach den Quotienten aufsteigend sortierte Rangfolge der Angebote:

1. Nebenangebot 1 des Bieters 3 sowie Nebenangebot 1 „reduziert berechnet“ des Bieters 3,
2. Hauptangebot Beschwerdeführerin,
3. Hauptangebot des Bieters 3.

Mit Informationsschreiben vom 03.05.2018 wurde der Beschwerdeführerin gemäß § 19 Abs. 1 ThürVgG mitgeteilt, dass auf deren Hauptangebot der Zuschlag nicht erteilt werde, da es nicht wirtschaftlich sei. Das Nebenangebot entspreche nicht den technischen Mindestvorgaben und werde nicht gewertet. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag für das Los 1 auf das Nebenangebot 1 der Firma xxxxx [= Bieter 3] zu erteilen.

Am 08.05.2018 hat die Beschwerdeführerin bei dem Auftraggeber die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften beanstandet und vorgetragen, dass hier wohl nicht Gleiches mit Gleichem verglichen werde.

Basierend auf „Ihren Angaben, dass der Wettbewerber mit einer Bruttofläche von ca. 1.100 m<sup>2</sup> angeboten hat, 6xx.xxx kWh zu erzeugen, und wir mit ebenfalls ca. 1.100 m<sup>2</sup> 4xx.xxx kWh“ stehe hier außer Frage, dass der Wettbewerber rein theoretische Kollektorerträge angegeben habe, und nicht den – wie im Leistungsverzeichnis gefordert – „Garantierten Ertrag“. Unter dem garantierten Jahresertrag verstehe die Beschwerdeführerin den Ertrag, den sie mit den vom Auftraggeber vorgegebenen Temperaturen in das Netz des Auftraggebers einspeise. Bei Angabe des rein theoretischen Kollektorertrages würde sie bei 7xx.xxx kWh pro Jahr liegen. Dieser Wert entstehe, wenn aus dem angehängten Datenblatt ihres Kollektors auf Seite 2 der Ertrag je Kollektor entnommen werde und mit der Anzahl von 222 Kollektoren multipliziert werde.

Werde in einem Leistungsverzeichnis nach dem „garantierten Jahresertrag“ gefragt, sei die Assoziation mit dem Ertrag, den die Beschwerdeführerin als Hersteller am Netzeinspeisepunkt zu garantieren habe der einzig logische Schluss. Wäre der rein theoretisch ermittelte Kollektorsertrag gewünscht, so wäre dieser auch eindeutig als solcher zu definieren. Die Beschwerdeführerin habe damals das Planungsbüro angerufen und nachgefragt, jedoch keine eindeutige Antwort dazu erhalten.

Ergänzend trug die Beschwerdeführerin am 09.08.2018 mit E-Mail vor, sie habe den Systemertrag angegeben, der von ihr real ins Netz eingespeist werde. Dieser berücksichtige alle Verluste, die in einem System entstehen (Rohrleitungsverluste, Einstrahlung am Projektstandort, Verschattung, Wärmetauscherverluste, Anfahrverluste, etc.). Der rein theoretische Ertrag sei weder der Ertrag den der Auftraggeber erwarten dürfe, noch ein messbarer Ertrag. Beide Vergleichsgrößen seien legitim, jedoch müsse dann eindeutig aus dem Leistungsverzeichnis hervorgehen, welcher Ertrag gefordert werde. Genau das sei nicht der Fall. Die Formulierung im Leistungsverzeichnis sei schlichtweg nicht eindeutig, die damalige Anfrage der Beschwerdeführerin beim zuständigen Planungsbüro sei unbeantwortet geblieben, siehe auch E-Mail im Anhang.

Zudem erfolgte der Hinweis, dass noch ein diesbezügliches Schreiben durch ihren rechtlichen Vertreter (Rechtsanwälte xxxxx) in Kürze zugehe.

Ein Ausdruck der in der E-Mail unter „Anlagen“ angegebenen pdf-Datei („Errichtung Solarthermische „xxxxx“ – Fragen zu Ihren Unterlagen; xxxxx 2017 Erläuterung Wärmeerträge.pdf) lag den vom Auftraggeber übergebenen Unterlagen allerdings nicht bei.

Am 09.05.2018 trugen xxxxx Rechtsanwälte - Herr xxxxx - unter Vorlage der Vollmacht hierzu ergänzend u. a. vor, dass bei allen Bietern die jeweils gleichen Angaben – also der garantierte Jahresertrag oder der Kollektorsertrag nach Solar Keymark - bewertet werden müsse. Aus den Vergabeunterlagen sei eindeutig ersichtlich, dass der garantierte Jahresertrag und nicht der theoretische gefordert sei. Die Bewertung eines nur theoretischen Jahresertrages, der im Betrieb nicht erreicht werden könne, sei zudem auch unzulässig, da dieser nach Vertragsschluss nicht erbracht und somit auch nicht garantiert werden könne – die Wertung beruhe damit auf Angaben, die während der Vertragslaufzeit und auch im Rahmen der Angebotswertung nicht wirksam überprüft werden können. Zudem sei die Nichtberücksichtigung des Nebenangebotes der Beschwerdeführerin unzulässig, da dieses geeignet sei, den zu erzielenden Zweck in gleicher Weise zu erreichen, wie das Hauptangebot, es sei gleichwertig und wertbar.

Der Auftraggeber hat dieser Beanstandung nicht abgeholfen. Mit Schreiben vom 15.05.2018 teilte er der Beschwerdeführerin mit, die Prüfung und Wertung der Angebote sei wiederholt worden und habe kein anderes Ergebnis ergeben. Beide Bieter hätten für das Los 1 in ihren Angeboten ausdrücklich den garantierten Jahresertrag für das Feld 1 und die Erweiterungsfläche (Aufstellfläche gesamt 1.900 m<sup>2</sup>) ausgewiesen. Dies sei in der Angebotswertung von Anfang an berücksichtigt worden. Beide Bieter hätten garantierte Werte im Angebot angegeben. Eine Gleichbehandlung beider Bieter liege somit vor. Es bestünden seitens der Vergabestelle keine Zweifel an den Angaben beider Bieter. Im mit dem Angebot eingereichten Kollektoraufstellungsplan werde jedoch durch den Bieter 3 eine größere

Aperturfläche als bei der Beschwerdeführerin erreicht. Dadurch werde der etwas geringere Ertrag des vom Bieter 3 angebotenen Kollektors ausgeglichen. Durch die optimierte Ausnutzung der zur Verfügung gestellten Fläche führe dies im Endeffekt zu einer höheren Ertragsleistung der Gesamtanlage.

Im Nebenangebot der Beschwerdeführerin zu Los 1 seien Komponenten, wie Absperrungen, Entlüfter und Strangregulierungsventile herausgenommen und die Temperaturfühler auf vier reduziert worden. Des Weiteren sei auf eine Anfahrschaltung verzichtet worden. Bei den geforderten Absperrarmaturen und den Entlüftungen und Entleerungen sowie der Anzahl der festgelegten mindestens vorhandenen Messstellen handele es sich um technische Vorgaben der Vergabestelle im Rahmen ihres Leistungsbestimmungsrechts. Die Streichung dieser Komponenten führe dazu, dass die technische Gleichwertigkeit dieses Nebenangebotes nicht mehr gegeben sei und es daher ausgeschlossen werden musste.

Mit Schreiben vom 18.05.2018 haben die bevollmächtigten Rechtsanwälte der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass die Beanstandung aufrechterhalten werde. Hierzu wurde nochmals vorgetragen, u. a., dass die Beschwerdeführerin entsprechend dem Wortlaut „garantierter Jahresertrag“ davon ausgegangen sei, dass hier derjenige Ertrag anzugeben sei, dessen Erzeugung der künftige Auftragnehmer vertraglich schuldet und für dessen Erzeugung er somit einzustehen habe.

Ausgehend von der umfassenden Marktkenntnis der Beschwerdeführerin könne ein höherer garantierter Jahresertrag als derjenige, den die Beschwerdeführerin angeboten hat, nicht bzw. nur bei Abgabe eines unauskömmlichen Angebotes erreicht werden.

Auch sofern nach Auffassung des Auftraggebers demgegenüber die Angabe nur theoretischer Erträge nach Solar Keymark zulässig sein sollte, wäre das Vergabeverfahren zurückzusetzen und beiden Bietern die Möglichkeit zu geben, unter dann seitens der Vergabestelle klargestellten Vorgaben ihr Angebot einreichen zu können.

Mit Schreiben vom 22.05.2018 wurde die Vergabekammer Freistaat Thüringen darüber durch die Vorlage der Vergabeakte informiert und unter Hinweis auf eine handschriftliche Aktennotiz in der Vergabeakte mitgeteilt, die Prüfung und Wertung der Angebote sei wiederholt worden und habe kein anderes Ergebnis gehabt. Aus der hierzu in der Vergabeakte enthaltenen Aktennotiz zu einem Telefonat zwischen einem Mitarbeiter des Auftraggebers und einem Mitarbeiter des Planungsbüros geht nur hervor, „ergab kein anderes Ergebnis“ und 2 Mitarbeiter des Auftraggebers „bestätigen dies telefonisch“.

Auf Nachforderung der Vergabekammer vom 23.05.2018 mit der Bitte um unverzügliche Übersendung der vollständigen Vergabeakte wurden am 24.05.2018 die Kostenermittlung, die Ausschreibungsunterlagen und eine Vollmacht des Auftraggebers nachgereicht. Zudem wurde die Vollständigkeit der Vergabeakte erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeakte in Gestalt der bei der Vergabekammer vorliegenden Nachprüfungsakte Bezug genommen.

\*\*\*

Laut der für o.g. Bauleistungen „Feld 1 + Erweiterung und Feld 2“ vorgelegten Kostenberechnung des Auftraggebers beträgt der Gesamtauftragswert insgesamt 690.000 Euro. Daher findet das Thüringer Vergabegesetz - ThürVgG - Anwendung (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 ThürVgG).

Die Vergabekammer Freistaat Thüringen beim Thüringer Landesverwaltungsamt ist gemäß § 19 Absätze 2 und 3 i. V. m. Abs. 4 Thüringer Vergabegesetz - ThürVgG - als Nachprüfungsbehörde zur Überprüfung des o.g. Vergabeverfahrens aufgrund der Beanstandung des Beschwerdeführers zuständig.

Der Auftraggeber ist gemäß § 1 Abs. 2 ThürVgG verpflichtet, bei der Vergabe von Bauleistungen den Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A (VOB/A) in der Fassung vom 22.06.2016 (BAnz AT 01.07.2016 B4) – VOB/A 2016 - anzuwenden und ebenso die Thüringer Verwaltungsvorschrift zur Vergabe öffentlicher Aufträge vom 16.09.2014 i. d. F. der Änderung vom 14.04.2015 zu beachten.

**Das durchgeführte Vergabeverfahren zu Los 1 ist rechtswidrig. Die Beanstandung der Beschwerdeführerin ist begründet, da das Vergabeverfahren unter Verstoß gegen geltende Vergabebestimmungen durchgeführt wurde und daher zu beanstanden ist (§ 19 Abs. 2 Satz 1 und 2, 2. Alt. ThürVgG).**

- Beanstandung der Beschwerdeführerin

Mit Blick auf das auch im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte geltende Gebot der Transparenz (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) und Gleichbehandlung (vgl. § 2 Abs. 2 VOB/A) ist es unverzichtbar, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung vorab festgelegt und den Bietern auch vorab bekannt gegeben werden.

Daraus folgt, dass der Auftraggeber bereits aus Gründen der Transparenz des Wertungsverfahrens an die bekanntgegebenen Wertungskriterien gebunden ist, d. h. es dürfen nur Zuschlagskriterien bei der Wertung zur Anwendung gelangen, die zuvor in der Vergabebekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt sind (vgl. Weyandt, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 1232).

Der Auftraggeber hat die Zuschlagskriterien unmissverständlich so zu formulieren, dass die fachkundigen Bieter keine Verständnisschwierigkeiten haben. Denn alle Interessenten sollen bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen erhalten. Dies bedeutet konkret, dass die Zuschlagskriterien in den Vergabeunterlagen oder in der Bekanntmachung so gefasst werden müssen, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in der gleichen Weise auslegen können. Dabei hat die Auslegung der Zuschlagskriterien aus der objektiven Sicht eines verständigen und mit Leistungen der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters zu erfolgen sind (vgl. Weyandt, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, § 97 Rn. 1150).

Vorliegend war in der Bekanntmachung unter „Sonstiges“ angegeben:

*„Als Zuschlagskriterium gelten die niedrigsten spezifischen Kosten. Diese setzen sich aus den Kosten dividiert durch den garantierten Ertrag zusammen.“*

In der Leistungsbeschreibung hierzu vorgegeben:

*„Mit der verfügbaren Fläche soll ein maximaler Ertrag erzielt werden. Betrachtet wird die erreichte Feldleistung im Betriebspunkt. Den Auftrag erhält der Anbieter, dessen Angebot*

- die Kriterien der Qualität und der Anforderungen erfüllt  
und
- die niedrigsten spezifischen Kosten aus Investition und Ertrag aufweist.“

Abgesehen davon, dass hier nicht genau gleiche Begriffe verwendet werden (Kosten bzw. Investition, garantierter Ertrag und Ertrag), war hinsichtlich der „Kosten“ bzw. „Investition“ vom jeweiligen Bieter – weil es sich um ein Festpreisangebot handelt – als einzige monetäre Angabe der Angebotspreis anzugeben.

Hinsichtlich des „[garantierten] Ertrags“ war vom Bieter die garantierte Leistung der für jedes der beiden Felder sowie (lt. dem nachgereichten Blankett der Vergabeunterlagen) die „garantierte Gesamtleistung Feld 1 und Erweiterung“ „in kW“ anzugeben. Aus den schriftlich eingereichten Angeboten zu Los 1 geht hervor, dass - offensichtlich für alle gleich - in einer gesonderten Zeile noch zusätzlich anzugeben war:

*„garantierter Jahresertrag Feld 1 und Erweiterung: ..... kWh/a“.*

Diese Eintragung wurde auch von allen Bietern gemacht.

Was sich genau hinter dem als Zuschlagskriterium genannten Begriff „Ertrag“ verbirgt, erschließt sich den beteiligten, fachkundigen Bietern wohl aus dem Kontext dieser von ihnen in der Leistungsbeschreibung zu machenden Eintragungen, als nur in der (zusätzlichen) Zeile ein „Ertrag“ (nämlich der garantierte Jahresertrag in kWh/a) anzugeben war.

Soweit die Beschwerdeführerin zum Inhalt des Kriteriums „garantierter Jahresertrag“ vorträgt, hier sei die Assoziation mit dem Ertrag, den sie als Hersteller am Netzeinspeisepunkt zu garantieren habe der einzig logische Schluss, erscheint dies vor dem Hintergrund, dass die Leistungsbeschreibung im Satz vor der Nennung der Zuschlagskriterien die Aussage enthält: *„Mit der verfügbaren Fläche soll ein maximaler Ertrag erzielt werden. Betrachtet wird die **erreichte** Feldleistung im Betriebspunkt.“* und der Forderung **„garantierter Jahresertrag“** als Bestandteil des hier anzubietenden Festpreisvertrags (und damit als vertraglich geschuldeter Leistung) für Planung und Bau einer Solarthermieanlage als nachvollziehbar. [Anm.: Hervorhebung „fett“ durch die Vergabekammer]

Der Vortrag der Beschwerdeführerin, wonach der Wettbewerber nur theoretische Werte abgegeben habe und die Angebote daher ungleich bewertet würden, wird insoweit entkräftet, als auch in dem für den Zuschlag vorgesehenen Nebenangebot 1 zu Los 1 des Bieters 3 laut einer vom Bieter angebrachten Randnotiz Systemverluste einbezogen und ein Ortsbezug „Meteonorm ..., EF-Bindersleben“ hergestellt wird, sodass demnach darin kein rein theoretischer Wert angegeben worden ist.



Inwieweit diese Zuschlagskriterien tatsächlich ausreichend bestimmt sind, um vergleichbare Angebote zu erzielen, bleibt insoweit dahingestellt. Die Aussage des Auftraggebers, beide Bieter hätten garantierte Werte im Angebot angegeben, eine Gleichbehandlung beider Bieter liege somit vor, gibt für das Verständnis über den Inhalt dieses Kriteriums nichts her.

Es erscheint aber nicht ausgeschlossen, dass eine genauere, eindeutige Angabe der in das Zuschlagskriterium „garantierter Ertrag“ einfließenden Aspekte oder Parameter besser geeignet wäre, eine bessere Vergleichbarkeit der Angebote und eine objektive Bewertung der Angebote zu erzielen.

Die Beanstandung des Vergabeverfahrens der Beschwerdeführerin ist jedoch im Ergebnis begründet, da das durchgeführte Vergabeverfahren, dokumentiert durch den Vergabevorschlag des Planers vom 16.02.2018, bestätigt von Vertretern des Auftraggebers am 16.04.2018, aus anderen Gründen rechtswidrig ist.

Denn das durchgeführte Vergabeverfahren verstößt gegen die zu beachtenden Gebote der Transparenz (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) und der Gleichbehandlung § 2 Abs. 2 VOB/A und ist deshalb rechtswidrig. Dies ergibt sich aus Folgendem:

- Dass der Auftraggeber nur dem Bieter 3 die Grundlagen der Kalkulation betreffende Informationen zukommen ließ, ohne diese entsprechend § 12a Abs. 4 VOB/A auch allen anderen Bewerbern zukommen zu lassen, verstößt gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung aller Bieter im Vergabeverfahren.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Teilnehmer am Vergabeverfahren erfordert, dass für alle Bewerber/Bieter dieselben Vorgaben und Regeln im Vergabeverfahren gelten.

Laut dem Protokoll über das technische Aufklärungsgespräch mit dem Bieter 3 zu dessen Nebenangebot 1 vom 29.01.2018 (unterschrieben von Mitarbeitern des Auftraggebers und des Bieters) war angekreuzt: „Der Bieter hat sich mit den Örtlichkeiten vertraut gemacht“. Darauf offensichtlich Bezug nehmend, hat der Bieter 3 auf dem Deckblatt seines Nebenangebotes 1 vermerkt: „... die in der Ausschreibung dargestellten Grenzen werden wie beim vor-Ort-Termin besprochen leicht überschritten“.

Diese Absprache zwischen Auftraggeber und Bieter 3 vor Angebotsabgabe stellt eine (nicht von vorn herein unzulässige) Änderung der Vergabeunterlagen durch den Auftraggeber dar.

Dass diese essenziellen, die Grundlagen der Kalkulation betreffenden Informationen allerdings **nur** gegenüber einem Bieter und nicht gegenüber allen Bietern gemacht wurden, führt zu unterschiedlichen Voraussetzungen bei der Erstellung der Angebote und beeinträchtigt die Chancengleichheit aller Bieter.

Nur der Bieter 3 durfte davon ausgehen, die Baugrenzen überschreiten zu können, die übrigen Bieter mussten davon ausgehen, diese nicht überschreiten zu dürfen. Diese Konstellation führt dazu, dass die

abgegebenen Angebote nicht miteinander vergleichbar sind, weil sie auf unterschiedlichen Kalkulationsgrundlagen erstellt wurden.

Dies stellt einen gravierenden Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter dar, welcher zumindest zur Rückversetzung des Vergabeverfahrens und Abgabe neuer Angebote führen muss.

Eine nachträgliche Korrektur der Angebotskalkulationen und damit der Angebotspreise bei allen Bietern ist in einem laufenden Vergabeverfahren nicht möglich, weshalb dieser Verstoß zumindest zur Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand nach Vergabebekanntmachung führt (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 07.12.2006 - 1/SVK/100-06).

— Dass zudem bei einem Ortstermin einem Bieter eine Überschreitung der vorgegebenen Baufläche gestattet wurde, ohne dass hierzu in den vorgelegten Vergabeunterlagen ein Vermerk über diesen Ortstermin bzw. die Gesprächsinhalte existiert, verstößt gegen das Transparenzgebot.

Dieses verlangt, dass der öffentliche Auftraggeber die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens - und damit namentlich auch die Angebotswertung - in den Vergabeakten dokumentiert.

Die Dokumentation (vgl. § 20 VOB/A) dient dem Ziel, die Entscheidungen der Vergabestelle transparent und sowohl für die Überprüfungsinstanzen als auch für die Bieter überprüfbar zu machen.

— Paragraph 20 Abs. 1 Satz 2 VOB/A enthält Mindestanforderungen an den Inhalt der Dokumentation. Über den Mindestinhalt hinaus besteht insbesondere dann Begründungsbedarf, wenn im Verfahren von einer Regel abgewichen werden soll oder tatsächliche oder rechtliche Besonderheiten auftreten oder es um Beurteilungen oder Bewertungen durch die Vergabestelle geht.

Das dieses Nebenangebot 1 laut dem Vergabevermerk zudem zur Wertung angepasst, nämlich nach Einschätzung des Planungsbüros „reduziert“ berechnet und dann bei der Wertung berücksichtigt wurde, stellt einen weiteren Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter dar.

— • Darüber hinaus war das für den Zuschlag vorgesehene Nebenangebot 1 des Bieters 3 zum Los 1 wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen von der Wertung auszuschließen (§ 13 Abs. 1 Nr. 5 S. 1, § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A).

Nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A müssen Angebote die geforderten Erklärungen und Nachweise wahrheitsgemäß und zutreffend enthalten. Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A sind Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig.

Laut Nr. 5.1 der lt. den Vergabeunterlagen im Vergabeverfahren zu beachtenden Teilnahmebedingungen gilt zudem:

„Soweit an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt sind, müssen diese erfüllt werden; im Übrigen müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Die Erfüllung der Mindestanforderungen bzw. die Gleichwertigkeit ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.“ und „Nebenangebote, die den Nummern 5.1 bis 5.3 nicht entsprechen, werden von der Wertung ausgeschlossen“ (Nr. 5.4 der Teilnahmebedingungen).

- Garantierter Jahresertrag:

Wie oben bereits ausgeführt, war in der Leistungsbeschreibung von den Bietern der Wert „garantierter Jahresertrag Feld 1 und Erweiterung“ in kWh/a für die von ihnen angebotene Anlage anzugeben.

Das Nebenangebot 1 enthielt nach dem Wortlaut des vom Bieter 3 selbst erstellten Angebotsdeckblatts einen

*„Hinweis: zu „garantierter Jahresertrag“ (Eintragung LV S. 14 bzw. 17): Diese Angaben sind ohne Verschattung berechnet. Zumindest im Winter sind die südlichsten Kollektoren zeitweise durch Gebäude verschattet.“*

Das Nebenangebot 1 dieses Bieters enthält somit bereits eine falsche Angabe des zwingend von ihm für die von ihm angebotene Anlage anzugebenden „garantierten Jahresertrages“, indem er durch seinen Hinweis den von ihm selbst eingetragenen „garantierten Jahresertrag“ für unrichtig erklärt hat, weil er darin sich offensichtlich ertragsmindernd auswirkende Faktoren, die die zwangsweise eintreten werden (hier: die Verschattung), welche auch nach seiner Ansicht offenbar zu berücksichtigen sind, nicht eingerechnet hat.

Damit erklärt der Bieter nicht nur den von ihm selbst eingetragenen Wert für unrichtig, sondern damit schränkt er zugleich auch die geforderte Garantie für das Erreichen des hier eingetragenen Wertes (also die vertraglich angebotene und dann geschuldete Leistungsfähigkeit der zu bauenden Anlage) in unbestimmter Höhe ein.

Das Nebenangebot 1 des Bieters 3 somit enthält unzulässige qualitative Änderungen von zwingend einzuhaltenden Anforderungen der Vergabeunterlagen.

Die Berücksichtigung des in diesem relevanten Punkt abweichenden Nebenangebots des Bieters widerspricht zudem dem Grundsatz der Transparenz und vor allem auch dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter.

Die Feststellung im Vergabevermerk, der angegebene garantierte Ertrag des Bieters sei plausibel und nachvollziehbar, ist vor diesem Hintergrund unzutreffend.

Das Nachreichen eines „berichtigten“ Jahresertrags im Rahmen einer Aufklärung ist unzulässig.

Denn eine solche Änderung des im Angebot bereits genannten garantierten Jahresertrags ginge über eine zulässige Aufklärung des Angebotsinhaltes nach § 15 Abs. 1 VOB/A im Sinne einer Klarstellung hinaus, sondern ist gemäß § 15 Abs. 3 VOB/A unstatthaft.

- Überschreitung der Baufläche:

Zudem wird auch dadurch von zwingend einzuhaltenden Vorgaben der Vergabeunterlagen abgewichen, weil die in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Bauflächen überschritten wurde.

Laut der Leistungsbeschreibung für das Los 1 „Grundsätzliche Spezifikationen“ obliegt es dem Bieter, die vorgegebenen Flächen (Plan T1 und T2) mit den entsprechenden Kollektoren zu bebauen. Ziel ist es, aus der zur Verfügung stehenden Fläche mit möglichst geringen Investitionskosten den höchstmöglichen solaren Ertrag zu erzielen.

Diese vorgegebenen Flächen für Los 1 waren in den Lageplänen T 1 und T 2 dargestellt, blau schraffiert und mit „Feld 1 ca. 1.100 m<sup>2</sup>“ sowie „Erweiterung Feld 1 ca. 800 m<sup>2</sup>“ bezeichnet.

Laut der Leistungsbeschreibung war hierzu unter „Anforderungen“ vorgegeben:

„Verfügbare Aufständerfläche:                     1.100 m<sup>2</sup> (Feld 1)  
   880 m<sup>2</sup> (Erweiterung Feld 1)“.

Das Nebenangebot 1 enthielt hingegen nach dem Wortlaut des vom Bieter selbst erstellten Angebotsdeckblatts zu „Kollektoranordnung:“ die Anmerkung:

„Details siehe Belegungsplan (die in der Ausschreibung dargestellten Grenzen werden wie beim vor-Ort-Termin besprochen leicht überschritten)“. Laut dem vom Bieter eingereichten Plan ist dies auch gut zu erkennen.

Der Vergabevermerk des Planers enthält hierzu die Feststellung:

„Auf der Erweiterungsfläche und im Feld 1 für die Vakuumröhrenkollektoren wurden die vorgegebenen Baugrenzen nicht eingehalten.“

Dass das Nebenangebot 1 trotz Überschreitung der vorgegebenen Baugrenzen der zur Verfügung stehenden Flächen als „technisch gleichwertig“ in die Wertung einbezogen wurde, widerspricht der Vorgabe in den Teilnahmebedingungen, wonach Nebenangebote quantitativ und qualitativ gleichwertig sein müssen.

Eine Gleichwertigkeit zum Vorschlag der ausschreibenden Stelle kann nur dann festgestellt werden, wenn die Alternative die für Haupt- und Nebenangebote verbindlichen quantitativen und qualitativen Vorgaben der Leistungsbeschreibung erfüllt. Das heißt, eine technisch möglicherweise gleichwertige Lösung kann bei der Wertung nicht berücksichtigt werden, wenn sie von solchen verbindlichen Vorgaben der Ausschreibung abweicht. Eine solche Wertung widerspricht zudem auch dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter.

- Kollektorleistung:

Der im Nebenangebot 1 des Bieters 3 angebotene Kollektor „xxxxx“ des Herstellers xxxxx erfüllt laut den Feststellungen im Vergabevermerk ebenfalls die verbindlichen Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht.

Zwar wurde, wie gefordert, zu diesem Kollektor ein Zertifikat nach Solar Keymark nachgereicht.

Laut den Feststellungen im Vergabevermerk und aus den in der Anlage zum Zertifikat enthaltenen Anmerkungen des Prüflabors kam es jedoch bei dem durch das beim TÜV geprüfte Modul bei steigender Temperatur zu einem überdurchschnittlichen Leistungsverlust, um bei 65 °C keinen Wärmetransport mehr aufzuweisen. Laut den weiteren Feststellungen im Vergabevermerk wäre daher die im Projekt geforderte Vorlauftemperatur nicht erreichbar. Die Herstellerfirma habe das Problem jedoch gelöst und reiche beim TÜV ein weiteres Modul zur Zertifizierung ein, dessen Resultat in ca. 3 Monaten erwartet werde.

Nach diesen Feststellungen im Vergabevermerk weicht das Nebenangebot 1 nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ von zwingend einzuhaltenden Anforderungen der Vergabeunterlagen ab (Nichterreichen der geforderten Vorlauftemperatur und vorheriger überdurchschnittlicher Leistungsverlust),

was jedoch unverständlicherweise nicht zum Ausschluss, sondern im Ergebnis zur Feststellung, das Angebot sei technisch gleichwertig, geführt hat.

Dass diese Feststellung der technischen Gleichwertigkeit offenbar nur unter der Annahme erfolgt ist, dass in naher Zukunft ein neues, die geforderte Leistungsfähigkeit bestätigendes Zertifikat vorgelegt werden könne, ist vergaberechtswidrig.

Denn das mit dem Angebot geforderte Prüfzeugnis einer zugelassenen Prüfstelle für Kollektoren – hier: das Datenblatt als Anlage zum Zertifikat - welches die Einhaltung der Tests und Parameter bestätigen sollte, wurde ja bereits vom Bieter vorgelegt und war Grundlage der o. g. Feststellung des Nichterreichens der geforderten Vorlauftemperatur.

Das nochmalige Einreichen eines bereits vorliegenden, die geforderte Leistungsfähigkeit nur nicht bestätigenden Zertifikates ist als unzulässige Nachbesserung des Angebotes gemäß § 15 Abs. 3 VOB/A nicht statthaft.

Nicht eingegangen wurde seitens des Auftraggebers in der Dokumentation darauf, dass dieser Bieter bei der geforderten Eintragung des Kollektorwirkungsgrades in die Leistungsbeschreibung Änderungen vorgenommen hat, in dem er handschriftlich „bezogen auf Brutto!“ ergänzt hat und die beiden anzugebenden Parameter „a<sub>1</sub>“ gestrichen und jeweils durch „c“ ersetzt hat, was seitens der Vergabekammer die Frage aufwirft, ob es sich hierbei um die Angabe eines anderen, als des geforderten Parameters und damit möglicherweise eine andere Berechnungsgrundlage handelt.

Dass im Ergebnis des Vergabeverfahrens ausgerechnet dieses Nebenangebot mit gravierenden quantitativen und qualitativen Abweichungen in der Leistung gegenüber der Leistungsanforderung in der Ausschreibung für die Auftragsvergabe vorgeschlagen wurde, verstößt zudem gegen die gebotene Gleichbehandlung aller Bieter.

- Weitere Hinweise der Vergabekammer ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

- nach Losen getrennte Vergabe

Laut Buchstabe h) der Bekanntmachung und Nr. 4 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots war die losweise Vergabe festgelegt. Angebote waren für ein oder mehrere Lose möglich. Einen Vorbehalt zur zusammengefassten Vergabe hatte der Auftraggeber nicht bekanntgemacht.

Dadurch hat der Auftraggeber dem Grundsatz der losweisen Vergabe aus § 5 Abs. 2 Satz 1 VOB/A Rechnung getragen und die nach Losen getrennte Vergabe der Leistungen beschlossen und ausgeschrieben.

Eine nach Losen getrennte Vergabe beinhaltet folglich, dass jedes Los Gegenstand einer separaten Ausschreibung wird.

Bei einer nach Losen getrennten Vergabe unterliegen daher sämtliche Verfahrensschritte der separaten, losweisen Durchführung: die Ausgestaltung der Vergabeunterlagen (z. B. der unmissverständlichen Bezeichnung und Abgrenzung der Lose in der Leistungsbeschreibung), die Bekanntmachung, die Abgabe der Angebote für jedes Los, die Öffnung dieser Angebote in getrenntem Öffnungstermin, die Angebotsprüfung und -wertung und auch die Zuschlagserteilung.

Zudem verstößt die Festlegung eines gemeinsamen Angebots-Öffnungstermins für die Lose 1 und 2 insbesondere bei Zulassung schriftlicher Angebote - wie hier – auch gegen § 14a Abs. 1S. 1 VOB/A als Ausprägung der Grundsätze des Wettbewerbs und der damit verbundenen Geheimhaltung, wonach im Eröffnungstermin nur die Bieter und ihre Bevollmächtigten - also nur die an der Ausschreibung unmittelbar Beteiligten, nicht aber alle Bieter aller Lose - zugegen sein dürfen.

Auch das Nichtberücksichtigen der Lostrennung bei der Aufschrift auf die ausgereichten Kennzettel hat die Abgabe von Angeboten für beide Lose in ein und demselben Angebotsumschlag begünstigt, weshalb eine separate losweise Öffnung (und Verlesung) der Angebote nicht möglich war.

— - Forderung von Eignungsnachweisen bereits in der Bekanntmachung

Die von Bewerbern oder Bietern zum Nachweis ihrer Eignung verlangten Unterlagen müssen sich unmittelbar aus der Bekanntmachung ergeben (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. u VOB/A).

Nicht ausreichend ist daher, solche Nachweise erst in den Vergabeunterlagen oder gar nicht zu benennen.

Auch ein bloßer Verweis auf ein später in den Vergabeunterlagen vorzufindendes Formblatt (z. B. Formblatt 124 Vergabehandbuch Bund) in der Bekanntmachung reicht nicht aus, wenn dieses nicht durch einen direkten Link in der Bekanntmachung einsehbar ist.

— - Dokumentation Eignungsprüfung

Laut der Bekanntmachung war zum Nachweis über die technische Leistungsfähigkeit die Angabe von drei vergleichbaren Referenzen (Formblatt 444) pro Los gefordert.

Die im Vergabevermerk hierzu enthaltene lapidare Feststellung, „Die Eignungsprüfung erfolgte auf der Grundlage der vorgelegten Nachweise. Alle Firmen verfügen über die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit.“ ist vor dem Hintergrund der Feststellungen im Protokoll vom 29.01.2018 über das technische Aufklärungsgespräch mit dem Bieter 3 zu dessen Nebenangebot 1 zum Los 1 (unterschrieben von Mitarbeitern des Auftraggebers und des Bieters), der Bieter habe *„noch keine Großanlage nach diesem Prinzip errichtet, Anlage bei der xxxxx GmbH [Auftraggeber] wird erstes Referenzobjekt“*, schlichtweg nicht nachvollziehbar. Die weitere Anmerkung in demselben Protokoll es wurden jedoch *„vergleichbare Referenzen mit vergleichbaren Röhrensystemen vorgestellt und erläutert“*, ist deshalb ebenfalls nicht nachvollziehbar und beeinträchtigt die Transparenz des Vergabeverfahrens.

Nach alledem war der Auftraggeber zu verpflichten, das Vergabeverfahren zumindest in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen und, soweit die Vergabeabsicht fortbesteht, den Bietern ggf. auf der Grundlage überarbeiteter Vergabeunterlagen Gelegenheit zur erneuten Angebotsabgabe zu geben.

Nach erneuter Prüfung und Wertung der Angebote ist dann auch eine erneute Bieterinformation nach § 19 Abs. 1 ThürVgG zu versenden.

Gemäß § 19 Abs. 2, 2. Halbsatz, ThürVgG hat der Auftraggeber die Auffassung der Nachprüfungsbehörde zu beachten.

Der Auftraggeber hat die Vergabekammer Freistaat Thüringen über seine Maßnahmen zur Umsetzung der vorliegenden Entscheidung zu unterrichten.

Es wird darauf hingewiesen, dass von dem Auftraggeber gemäß § 19 Abs. 5 ThürVgG die Kosten der Amtshandlung der Nachprüfungsbehörde erhoben werden, weil er das Vergabeverfahren fehlerhaft durchgeführt hat und dieses daher zu beanstanden war. Dem Auftraggeber wird daher in den nächsten Tagen ein gesonderter Kostenbescheid zugehen.

Die Beschwerdeführerin erhält einen Abdruck dieses Schreibens.

Bitte bestätigen Sie uns den Erhalt mit dem beiliegenden Empfangsbekanntnis per Fax!

Mit freundlichen Grüßen

Axel Scheid  
Vorsitzender VK

**Anlage**  
Empfangsbekanntnis