



Vergabekammer Freistaat Thüringen

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren, §§ 155ff. GWB,
aufgrund des Antrages der XXX GmbH & Co. KG, xxx, vertr. d. d. RAe xxx & Partner mbB,
xxx ./ die YYY "yyy" GmbH, yyy, betreffend das Vergabeverfahren "Neubau Bettenhaus -
VE 110-Fertigteil-Nasszellen (BH_VE 3215)"

Verfahrensbeteiligte:

XXX GmbH & Co. KG
vertr. d. d. xxx Verwaltungs-GmbH
vertr. d. d. GF xxxx, xxxx, xxxx
xxxx

**- Antragstellerin -
(AST)**

Verfahrensbevollmächtigte: xxx & Partner Rechtsanwälte mbB
xxxx

gegen

YYY "yyy" GmbH
vertr. d. d. GF yyyy
yyyy

**- Vergabestelle -
(VST)**

Verfahrensbevollmächtigte: yyy & Partner Rechtsanwälte
yyyy

beigeladen:

ZZZ GmbH
vertr. d. d. GF zzzz, zzzz
zzzz

**- Beigeladene -
(BEI)**

hat die Vergabekammer Freistaat Thüringen, in der Besetzung mit

Herrn Regierungsdirektor Scheid als Vorsitzendem,
Herrn Dr. Bilzer als hauptamtlichem Beisitzer und
Herrn Dr. Dimanski als ehrenamtlichem Beisitzer,

ohne mündlichen Verhandlung

am 14.06.2017 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass sich das Nachprüfungsverfahren mit der Abhilfe durch die Vergabestelle erledigt hat.
2. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.
3. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) hat die Vergabestelle zu tragen.
4. Die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren wird auf xxxx € festgesetzt. Auslagen sind nicht zu erstatten.
5. Die Vergabestelle trägt die Aufwendungen der Antragstellerin zur ihrer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung.
6. Die Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes für die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
7. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.

Gründe

I.

Nach einer Vorinformation zum Vergabeverfahren (Absendung: 29.06.2016) sandte die VST die Bekanntmachung zum o.g. Offenen Verfahren am 01.03.2017 an das Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union ab.

Die Leistung wurde kurz beschrieben als:

„Fertigung, Lieferung und Einbau von Fertigteilmasszellen im Neubau Bettenhaus des Waldkrankenhaus Eisenberg.“

Anschließend erfolgte die konkrete Benennung der wesentlichsten Leistungen und deren Mengenansätze.

Als Zuschlagskriterium wurde der Preis angegeben.

Varianten waren nicht zugelassen.

Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote (Ende Angebotsfrist) wurde der 23.03.2017, 12.59 Uhr angegeben.

Die Angebotseröffnung wurde auf den gleichen Tag um 13.00 Uhr festgelegt.

In der Bekanntmachung gab die VST unter dem Punkt VI.3) *„Zusätzliche Angaben“* im Absatz sieben an:

*„Die Angebote sind fristgemäß, ausgedruckt, geheftet (nicht gebunden), vollständig ausgefüllt und **unterschieden** im Format DIN A4 [...] einzureichen.“*

[Hervorhebung durch Vergabekammer]

Im den Vergabeunterlagen beiliegenden Formblatt 211 EU *„Aufforderung zur Abgabe eines Angebots EU-Einheitliche Fassung“* wurde unter dem Punkt 7 *„Angebote können abgegeben werden“* von den vier wählbaren Formen der Platzhalter **„schriftlich“** angekreuzt.

Laut der *„Niederschrift über die Eröffnung der Angebote“* (FB 313) ist in Übereinstimmung mit der Forderung aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe als zulässige Möglichkeit der Platzhalter **„schriftlich“** angekreuzt.

Weiterhin ist in der *„Niederschrift über die Eröffnung der Angebote“* unter dem Punkt II. *„Eröffnungstermin“* und dort unter der Nummer 3 vermerkt, dass drei schriftliche Angebote eingingen.

In der nachfolgenden Nummer 5 enthält das verwendete FB 313 den vorgedruckten Satz:

„Die Angebote wurden in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet.“

Der Satz verweist auf den nächsten Schritt im Rahmen der Angebotseröffnung, die Kennzeichnung der Angebote, und weist dessen Erledigung durch die VST, als tatsächlich durchgeführt, aus.

Eine von der VST vorzunehmende aktive Bestätigung der durchgeführten Kennzeichnung, in Form eines anzukreuzenden Platzhalters, enthält der obige Satz nicht.

Die der Vergabekammer vorgelegten schriftlichen Angebote sind nicht gekennzeichnet.

Mit Schreiben vom 19.04.2017 teilte die VST der AST mit, dass deren Angebot nicht das wirtschaftlichste sei, ein wirtschaftlicheres Angebot vorliege, die BEI den Zuschlag frühestens am 24.04.2017 erhalten solle.

Mit Schreiben vom 20.04.2017 rügte die AST die beabsichtigte Bezuschlagung der BEI als vergaberechtsfehlerhaft.

Die AST gehe davon aus, dass die Eignungsprüfung der BEI nicht durchgeführt worden sei, da diese nach eigenen Recherchen nicht gegeben sei. Auch sei angesichts des Angebotspreises der BEI von einem unangemessen niedrigen Preis auszugehen. Es reiche nicht aus sich den Preis bestätigen zu lassen. Eine tiefgehende Preisprüfung sei durchzuführen, deren Ergebnis nur die Unangemessenheit des Angebotspreises sein könne.

Angesichts der anstehenden Osterfeiertage werde die vorgesehene Zuschlagserteilung bereits am 24.04.2017 als vergaberechtsfehlerhaft gerügt (Wartefristeinhaltung).

Die VST werde unter Fristsetzung zur Zurücknahme der Vorinformation und erneuten Eignungs- und Preisprüfung des Angebots der BEI aufgefordert, andernfalls ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werde.

Mit Schreiben vom 20.04.2017 teilte die VST der AST mit, dass die gerügten Vergaberechtsverstöße überprüft würden, anschließend eine neue Vorinformation versendet werden würde.

Mit Schreiben vom 10.05.2017 teilte die VST der AST mit, dass nach erneuter detaillierter Prüfung der Eignung und des von der BEI angebotenen Angebotspreises keine Veranlassung bestehe die ursprüngliche Zuschlagsentscheidung zu ändern, die Rügen zurückgewiesen würden.

Mit gleichem Datum erfolgte die von der VST angekündigte Vorinformation mit der Mitteilung, dass die AST nicht das wirtschaftlichste Angebot habe, die BEI den Zuschlag frühestens am 21.05.2017 erhalten solle.

Mit Schreiben vom 11.05.2017 rügte die AST die vorgesehene Bezuschlagung der BEI als vergaberechtswidrig.

Die BEI müsse wegen Änderung der Vergabeunterlagen aufgrund deren Angebotsinhalt ausgeschlossen werden. Die technische Lösung der BEI erfülle nicht die Forderungen aus dem Leistungsverzeichnis. Am Markt gebe es kein mit einem allgemeinen bauaufsichtlichen Prüfzeugnis zugelassenes Abdichtungssystem, was die BEI zur Erfüllung der Anforderungen aus dem Leistungsverzeichnis einsetzen könne.

Die VST werde unter Terminsetzung zur erneuten Prüfung, der Rücknahme der bisherigen Vorinformation und zur Angabe eines neuen Termins der frühesten Zuschlagserteilung aufgefordert. Werde dem nicht entsprochen, werde ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet.

Mit Schreiben vom 15.05.2017 teilte die VST der AST mit, dass nach erneuter Prüfung des Angebots der BEI, unter Einbeziehung eines Sachverständigen, deren Angebot als ausschreibungskonform beurteilt werde. Die Rüge werde zurückgewiesen, die Vorinformation vom 10.05.2017 werde nicht geändert.

Mit Schreiben vom 18.05.2017 rügte die AST die Vergabeentscheidung der VST erneut als fehlerhaft. Die durchgeführte Teststellung, die lt. Bekanntmachung nicht als eignungsrelevant genannt wurde, dürfe bei der Eignungsbeurteilung nicht berücksichtigt werden.

Mit Schreiben vom 18.05.2017 (Eingang 19.34 Uhr) beantragte die AST bei der Vergabekammer des Freistaates Thüringen:

1. die VST zu verpflichten das Angebot der BEI „*unberücksichtigt zu lassen*“ und die Prüfung und Wertung der Angebot gemäß der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die AST für erforderlich zu erklären,
3. der VST die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen,
4. die Akteneinsicht.

Die AST trug den bisherigen Verlauf des Vergabeverfahrens inclusive der Rügen, der Reaktionen der VST, der Zulässigkeit des Antrags und der Zuständigkeit der Vergabekammer vor.

In der Begründetheit erfolgten vertiefende Ausführungen entsprechend den Rügen der AST vom 20.04.2017, 11.05.2017 und 18.05.2017.

Mit Datum vom 19.05.2017 beschloss die Vergabekammer des Freistaates Thüringen den Nachprüfungsantrag der AST der VST zu übermitteln.

Die VST wurde unter Terminsetzung zur Übergabe der vollständigen, durchnummerierten Vergabeakte, der Kostenberechnung, eines Blanketts der Vergabeunterlagen und zur Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag aufgefordert.

Mit Schreiben vom 29.05.2017 beantragte die VST bei der Vergabekammer:

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der VST der AST aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die VST für notwendig zu erklären.

Zum Antrag der AST führte die VST entsprechend ihrer Antworten auf die Rügen der AST hin aus, dass nach der nochmals durchgeführten Eignungsprüfung der BEI, als auch nach der Angebotsprüfung hinsichtlich der von der AST behaupteten unzulässigen Veränderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot der BEI, sowie nach der Überprüfung deren Angebotspreises betreffend das Vorliegen eines unangemessen niedrigen Angebotspreises, sich keine Gründe für den Ausschluss der BEI ergeben hätten.

Im Übrigen fehle es für die Zulässigkeit des Antrags der AST am schlüssigen Sachvortrag.

Mit Datum vom 30.05.2017 beschloss die Vergabekammer die Beiladung der BEI.

Mit Datum vom 30.05.2017 teilte die Vergabekammer den Beteiligten mit, dass nach erster Aktendurchsicht festgestellt worden sei, dass in der Niederschrift der Angebotseröffnung (FB 313) unter dessen Punkt 5 mit bereits vorformuliertem Standardtext vermerkt sei:

„Die Angebote wurden in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet.“

Entgegen der Aussage des Standardtextes war nach Durchsicht der Angebote durch die Vergabekammer keines der Angebote gekennzeichnet.

Die Vergabekammer forderte die Beteiligten unter Terminsetzung zur Stellungnahme betreffend die Nichtkennzeichnung der Angebote und den sich nach Ansicht der Vergabekammer ergebenden Konsequenzen auf.

Gleichzeitig wurden die Beteiligten aufgefordert sich betreffend einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zu erklären.

Mit Schreiben vom 02.06.2017 teilte die VST der Vergabekammer mit, dass das Vergabeverfahren aufgehoben wurde, die Bieter darüber zeitnah informiert werden würden, die Absicht bestehe ein neues Vergabeverfahren durchzuführen.

Die Absendung der neuen Bekanntmachung zu o.g. Vergabeverfahren an das Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am 02.06.2017. Als Ende der Angebotsfrist wurde der 20.06.2017 angegeben.

Mit Schreiben vom 18.05.2017 (nach Rückfrage bei AST: Schreibfehler-muss 09.06.2017 heißen) erklärte die AST aufgrund der Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen eines schwerwiegenden Vergaberechtsverstößes durch die VST (keine Kennzeichnung der Angebote) das Vergabenachprüfungsverfahren für erledigt.

Die der AST entstandenen Kosten und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen sind gemäß § 182 GWB der VST aufzuerlegen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die AST ist für erforderlich zu erklären.

Aus der neuen Bekanntmachung sei zu entnehmen, dass die angegebene Angebotsfrist die Mindestfrist gemäß § 10a EU Abs. 1 VOB/A unterschreite. Für eine Verkürzung der Angebotsfrist werde keine Veranlassung gesehen.

Mit Schreiben vom 09.06.2017 teilte die VST der Vergabekammer mit, dass „mit einer etwaigen Erledigterklärung der AST auf Seiten der VST Einverständnis besteht.“

II.

1. Zuständigkeit

Die Absendung der Bekanntmachung des Offenen Verfahrens an das Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften erfolgte am 01.03.2017.

Das führt vorliegend dazu, dass das Nachprüfungsverfahren unter dem GWB in der nach dem 18.04.2016 geltenden Fassung zu führen ist.

- Die VST ist Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB.
- Bei dem ausgeschriebenen Auftrag handelt es sich um die Vergabe von Bauleistungen gemäß § 103 Abs. 3 GWB.
- Der für Bauleistungen maßgebliche Schwellenwert ist über § 2 Nr. 1 VgV in der geltenden Fassung festgelegt und betrug ab dem 01.01.2016 5.225.000 Euro netto.
- Der vorliegend geschätzte Gesamtauftragswert lag laut Angabe der VST zum Zeitpunkt der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens bei über xxx Mio. Euro netto und damit über dem oben angegebenen Schwellenwert.
- Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Da die VST Auftraggeber aus dem Freistaat Thüringen ist und der maßgebliche Schwellenwert mit der voraussichtlichen Gesamtauftragssumme überschritten wird, ist entsprechend § 106 Abs. 1 und § 156 Abs. 1, 2. Halbsatz GWB i.V.m. § 2 Abs. 1 ThürVkvO die Zuständigkeit der Vergabekammer des Freistaates Thüringen gegeben.

2. Die Feststellung der Erledigung des Verfahrens und seine Einstellung

Mit Schreiben der VST vom 02.06.2017 hat diese ausgeführt, den im Nachprüfungsantrag der AST vorgebrachten Rügen abhelfen zu wollen und die Ausschreibung aufzuheben. Dies wurde auch von der VST den Beteiligten mitgeteilt. Damit hat sich das Nachprüfungsverfahren erledigt. Darüber hinaus hat die AST mit Schreiben vom 09.06.2017 die Erledigung des Nachprüfungsantrages erklärt.

Die Feststellung seiner Erledigung war auszusprechen (Punkt 1. des Tenors der Entscheidung).

Es war deshalb auch die Einstellung des Nachprüfungsverfahrens, wie im Tenor der Entscheidung Punkt 2. ausgesprochen, anzuordnen.

3. Die Kostenentscheidung

Die Entscheidung über die Kosten (Gebühren und Auslagen) beruht auf § 182 Abs. 1 und 3 GWB. Die Höhe der mit dem Entscheidungsausspruch zu erhebenden Gebühren für das Verfahren vor der Vergabekammer beruht auf § 182 Abs. 2 und 3 GWB.

Ausweislich des Tenors der Entscheidung hat die VST die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen, da sich der Nachprüfungsantrag durch Abhilfe anderweitig erledigt hat (§ 182 Abs. 3 S. 4 und S. 5 GWB).

Die Höhe der Gebühren war nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens, festzusetzen. Dabei beträgt die Gebühr mindestens xxx Euro (§ 182 Abs. 2 Satz 1 erster Halbsatz GWB).

Das wirtschaftliche Risiko der AST ist hierbei regelmäßig in der Höhe des Brutto-Preises ihres Angebotes zu sehen (vorliegend xxx €), mit dem sie letztendlich im Verfahren der Nachprüfung des Vergabeverfahrens vertreten war

Dies führt im vorliegenden Fall gemäß § 182 Abs. 2 GWB, ausgehend von der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens, letztendlich zu einer Gebühr in Höhe von xxx €.

Auslagen sind in diesem Zusammenhang nicht angefallen.

Da sich der Nachprüfungsantrag aber vor der Entscheidung der Vergabekammer durch Abhilfe erledigt hat, war nur die Hälfte der als solche festzusetzenden Gebühr zu entrichten (§ 182 Abs. 3 Satz 4 GWB). Dies ergibt den - ausweislich des Tenors der Entscheidung - festgesetzten Betrag in Höhe von xxx €.

Nach § 182 Abs. 3 S. 5 GWB erfolgt die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, nach billigem Ermessen. Da sich der Nachprüfungsantrag durch die Abhilfe der VST erledigt hat, entspricht es dem billigen Ermessen, demjenigen die Kosten aufzuerlegen, der das erledigende Ereignis gesetzt hat, hier der VST.

Die **VST** wird aufgefordert, den Betrag von **xxx Euro** bis zum **xxxx (Fälligkeit)** unter Angabe der **Posten-Nr.: xxxx** an die nachfolgend genannte Bankverbindung zu überweisen:

Empfänger	X
Kreditinstitut:	X
IBAN:	X
SWIFT-Adresse (BIC):	X

Da die AST bereits einen Kostenvorschuss in Höhe der Mindestgebühr von xxx € gezahlt hat, ist dieser Betrag ihr gegenüber nach Bestandskraft dieser Entscheidung zu erstatten.

Die AST wird schon jetzt aufgefordert, eine SEPA-fähige Bankverbindung (Angabe von IBAN und BIC) mitzuteilen, auf welche die Überweisung des Betrages erfolgen soll.

Die VST trägt auch die notwendigen Aufwendungen der AST zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, da sich das Nachprüfungsverfahren ohne Entscheidung der Vergabekammer durch Abhilfe anderweitig erledigt hat und es dem billigen Ermessen entspricht, der Stelle die Aufwendungen aufzuerlegen, welche das erledigende Ereignis gesetzt hat, hier die VST (§ 182 Abs. 4 Satz 3 GWB).

Die Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes für die AST wird für notwendig erklärt.

Die BEI trägt ihre Kosten selbst, da sie sich im Nachprüfungsverfahren weder beteiligt noch Anträge gestellt hat.

Hinweis:

Ein gesondertes Kostenfestsetzungsverfahren findet nicht statt (§ 182 Abs. 4 Satz 5 GWB).

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig.

Sie ist schriftlich, innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer beim Thüringer Oberlandesgericht, Rathenaustraße 13, 07745 Jena einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung der Vergabekammer beantragt wird, und Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

Scheid
Vorsitzender VK

Dr. Bilzer
Hauptamtlicher Beisitzer

Siegel