



VERGABEKAMMER BADEN-WÜRTTEMBERG
beim Landesgewerbeamt Baden-Württemberg

Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

- 1 VK 03/04 -

....,
vertreten durch Geschäftsführer

- Antragstellerin (ASt) -

Verfahrensbevollmächtigte:
Anwaltskanzlei

gegen

....,
vertreten durch den

- Antragsgegner (Ag) -

Verfahrensbevollmächtigte:
....

....,
vertreten durch die Geschäftsführer

- Beigeladene (Bg) -

wegen der Vergabe „Wärmeversorgung für das Schulzentrum“

hat die Vergabekammer durch den Vorsitzenden Assessor Maier, den hauptamtlichen Beisitzer Stadtrechtsdirektor Mevius und die ehrenamtliche Beisitzerin Dipl.-Volkswirtin Völkel auf die mündliche Verhandlung vom 23.02.2004 beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Nebenangebot Variante 2 der Beigeladenen zu erteilen.
2. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, die Wertung der eingereichten Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer unter Ausschluß der Angebote der Antragstellerin sowie der Angebote der Beigeladenen zu wiederholen.
3. Die Antragstellerin und der Antragsgegner tragen die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte.
4. Die Parteien tragen die ihnen entstandenen außergerichtlichen Kosten selbst.
5. Die Beigeladene trägt die ihr entstandenen Kosten selbst.
6. Für diese Entscheidung wird eine Gebühr von € erhoben.

Gründe

I.

Der Ag schrieb im Wege des Nichtoffenen Verfahrens nach VOL/A die Vergabe bezüglich Bau und Betrieb der Wärmeerzeugungsanlage mit Nahwärmeversorgung für das Schulzentrum in europaweit aus. Auftragsgegenstand ist die Lieferung der Wärmeerzeugungsanlage und die Nahwärmeversorgung für das Schulzentrum mit einer Laufzeit von 15 Jahren.

Mit Wärme zu beliefern waren die Gebäude

--Schule,
--Schule,
- schule und
- Überbetriebliche Ausbildungsstätte einschl. (....).

Optional war für die Planung und Dimensionierung des Nahwärmekonzeptes auch die Turnhalle zu berücksichtigen. Die bestehende Kreissporthalle sollte im jetzigen

Wärmeliefer-Contracting nicht berücksichtigt werden. Ein späterer Anschluß an die Nahwärmeversorgung sollte jedoch bei der Dimensionierung der Spitzenlastkessel vorgesehen werden. In den weiteren Verdingungsunterlagen wird der Anschluß der Kreissporthalle als Option bezeichnet und hinsichtlich der Anforderungen an die Angebote genau beschrieben (S. 23 LV). Bei der Darstellung der technischen Varianten (S. 13 LV) wird eine komplette Nahwärmeversorgung aller beschriebenen Gebäude erwartet. Bei den Angebotsdaten, in die die Preise einzufügen waren (S. 30 LV), wird die Kreissporthalle ebenso wie die Turnhalle als Option bezeichnet. Es war erwartet, dass die Bieter auch für die optionale Einbeziehung der Kreissporthalle Wärmelieferungspreise anbieten würden. In den den Verdingungsunterlagen beiliegenden Plänen war der Anschluß der Wärmeleitungen hin zur Kreissporthalle eingetragen und ausdrücklich als Option bezeichnet.

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots waren unter Pkt. 5.4 als Zuschlagskriterien für die Auftragserteilung bei Haupt- und Nebenangeboten/Änderungsvorschlägen angekreuzt der Preis sowie in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht Qualität, Funktionalität, technischer Wert sowie Betriebskosten.

Das anzubietende Hauptangebot betrifft als Variante 1 laut Pkt. 4 „Technische Varianten“ der Verdingungsunterlagen die Wärmeversorgung mit einem erdgasbetriebenen Blockheizkraftwerk (BHKW) mit einer elektrischen Leistung von mindestens 200 kW und zwei Niedrigtemperaturkessel mit Gasbrenner mit einer Heizleistung von je rund 1.400 kW. Als Variante 2 konnte laut Verdingungsunterlagen optional auch eine Holzfeuerungsanlage mit mindestens 1.000 kW und zwei Niedrigtemperaturheizkessel mit Gasbrenner mit je rund 1.500 kW angeboten werden. Die Abgasreinigung sollte mittels Multizyklon und Elektrofilter erfolgen.

Weiter konnte auch optional eine dritte Variante nach Wahl des Bieters angeboten werden.

Ein Hauptangebot war nach Pkt. 2.1 der Angebotsbedingungen zwingend abzugeben (S. 6 LV).

Bei der Dimensionierung der Spitzenlastkessel sollte ein späterer Anschluss der in unmittelbarer Nähe befindlichen Kreissporthalle sowie der Turnhalle vorgesehen werden (S. 4 LV).

Die Versorgung der Liegenschaften mit Wärme sollte über moderne und energiesparende Energieerzeugungsanlagen mit geringen Umweltbelastungen und mit hoher Versorgungssicherheit erfolgen (S. 4 LV).

Die neue zentrale Wärmeversorgung sollte mit den erforderlichen Nebenanlagen in die Heizzentrale in der Gewerblichen Schule eingebaut werden (S. 5 LV)

Die Heizräume und Kaminanlagen sollten für einen Jahrespreis von € an den Betreiber vermietet werden (S. 26 LV).

Die Ausschreibung beinhaltete die Erzeugung und Einspeisung von Strom zur Einspeisung ins öffentliche Netz oder zum Verkauf an die Liegenschaften (S. 19 LV). Der Strombedarf der Liegenschaften war mit 880.000 kWh beziffert (S. 11 LV).

Bei einem Angebot der Holzbefuerung war auch die Errichtung eines Brennstofflagers für das Energieholz mit LKW-Zufahrt sowie die erforderlichen Einrichtungen zur Brennstoffaustragung und Beschickung anzubieten (S. 24 LV). Das Brennstoffbevorratung für mindestens 5 Vollasttage war einzuplanen (S.24 LV).

Die Tätigkeit des vom Ag vorgehaltenen Betriebspersonals wurde jährlich auf maximal 150 Stunden kalkuliert. Sollte der Aufwand darüber liegen, so sollten die Stunden an den Ag

vergütet werden (S. 27 LV).

Eine Gesamt-Grundpreisreduzierung bei Zuwendung von Fördermitteln war anzubieten (S. 31 LV).

Teil der Angebotsunterlagen waren auch Preisänderungsklauseln für die Anpassung der Preise an geänderte Heizmaterialkosten, deren Komponenten vorgegeben waren (S.36 f. LV).

Aus den nach Durchführung des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs eingegangenen 21 Bewerbungen wurden 7 Bewerber ausgewählt und am 25.09.2003 zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.

Der Ag antwortete mit Schreiben vom 24.10.2003 auf von den Bietern an ihn herangetragene Fragen zur Ausschreibung. Unter anderem präzisierte er die Ausschreibung dahingehend, dass mit einer Anlagennutzungsdauer von 15 Jahren zu rechnen sei, sowie dass in den Angeboten sowohl die Möglichkeit der Übernahme der Anlage zum Restwert durch den Ag als auch der Rückbau/Ausbau der Anlage durch den Contractor vorzusehen sei. Weiter führte der Ag aus, dass die in der Ausschreibung angegebene Heizleistung von allen Bietern zugrunde zu legen sei. Zur Dimensionierung der Heizkessel seien die Angaben als gerundete Richtwerte angegeben. Die exakte Auslegung müsse im Rahmen der Ausführungsplanung ermittelt werden.

Bis zum Ende der Angebotsfrist am 10.11.2003 reichten 6 Bieter, darunter die Ast und die Bg, ein Angebot ein.

Das Angebot der Ast enthielt als Hauptangebot für die notwendig sowie optional verlangten Gebäude ein BHKW mit 2 Motoren mit einer Wärmeleistung von insgesamt 392 kW. Als Variante 2 bot die Ast einen Holzhackschnitzelkessel mit einer Wärmeleistung von 1.000 kW an.

In ihrem Angebot führte die Ast dazu aus, alternativ sei auch ein Holzkessel mit 800 kW denkbar, der bei annähernd gleicher Jahreswärmeerzeugung ein besseres Teillastverhalten aufweise. Dadurch werde auch die Häufigkeit der Kesselstarts verringert, bei denen höhere Emissionswerte auftreten würden. Dem Auftragnehmer solle daher die Möglichkeit eingeräumt werden, die erforderliche Kesselgröße zu überprüfen und gegebenenfalls die 800 kW-Variante einsetzen zu können.

Die Abgasreinigung bei der Holzheizung sollte mittels eines Multizyklonabscheiders erfolgen. Hinsichtlich der Staubemissionen sei eine zusätzliche Reinigungsstufe einkalkuliert, wobei noch nicht festgelegt sei, welche der möglichen Abscheidetechniken zum Einsatz kommen werde.

Die drei Container für das Holzlager sollten auf dem freien Platz zwischen der Heizzentrale und dem angrenzenden Kindergarten aufgestellt werden; der hierfür nötige Aufwand sei bereits einkalkuliert. Es müsse zudem durch den Ag ein etwa 3 m breiter Fahrstreifen auf dem Grundstück des Kindergartens als Feuerwehrezufahrt angelegt werden, der nicht einkalkuliert sei. Das Holzlager bevorräte den Brennstoffbedarf für 3 ½ Vollasttage.

Die Abrechnung sollte ohne etwaige Zuschüsse erfolgen. Etwaige Fördergelder waren nicht in den Angebotspreis einbezogen, sondern lediglich in einer gesonderten Aufstellung dargestellt. Alternativ war angeboten, dass die Wärmeerzeugungsanlagen nach Ablauf der 15 Jahre entweder zum Zeitwert, der nach VDI 2067 zu ermitteln sei, in das Eigentum des Ag

übergehen sollten oder aber unentgeltlich, wobei sich der Jahresgrundpreis bezüglich der Wärmelieferung der notwendig anzubietenden Gebäude für das BHKW um gesamt € und für die Holzheizung um € erhöhen würde.

Es war eine kostenlose Überlassung der Heizräume und Kaminanlagen vorgesehen.

Für den vom angebotenen BHKW erzeugten und im Berufschulzentrum verbrauchten Strom war eine Vergütung von Cent/kWh vorgesehen.

Der Ag sollte sich verpflichten, bei der Wahl des BHKW den Strombedarf der Schulen von 750.000 kWh/a zum Preis von Cent/kWh für die Vertragsdauer abzunehmen. Die Stromvergütung sei in den angebotenen Wärmepreisen berücksichtigt.

Die Ast bezog abweichend vom LV für das BHKW hinsichtlich des Arbeitspreises den Wärmegrundpreis und für die Holzheizung zusätzlich den Index für Diesel sowie den Wärmegrundpreis und den Tarifindex in die Preisermittlungsklausel mit ein.

Das Angebot der Bg enthielt für die notwendig anzubietenden Gebäude sowie für die Turnhalle als Hauptangebot Variante 1 ein BHKW mit 2 Aggregaten zu je 215 kW und als Variante 2 eine Holzheizung mit einer Kesselleistung von 850 kW und angebotenen Jahreskosten von brutto €.

Ein optionales Angebot für die Kreissporthalle gab die Bg nicht ab.

Die Holzheizanlage sollte neben dem derzeitigen Parkdeck errichtet werden, wo eine Zufahrt problemlos möglich sei. Die Kosten für die zu erstellende Zufahrt in Höhe von € gesamt oder ca. € Grundpreiserhöhung pro Jahr seien in der Kalkulation nicht enthalten.

Zur Größe des Holzlagers wurden keine Angaben abgegeben.

Die Abgasreinigung sollte mittels eines Multizyklons erfolgen.

Als Restwert der Holzheizung wurde von der Bg lt. ergänzendem Schreiben vom 19.11.2003 an den Ag ein Betrag von € angenommen, der, sofern der Vertrag nicht um 5 Jahre verlängert werde, vom Ag zu bezahlen sei. Würde von einem Restwert von € ausgegangen, so würde sich der Jahresgrundpreis um € erhöhen.

Für den Fall des Erhalts von Fördermitteln sollte sich der angebotene Grundpreis reduzieren.

In die Ermittlung der Preisänderungsklauseln für die Holzheizung wurde von der Bg für den Arbeitspreis abweichend von der Vorgabe des LV nicht der Erzeugerpreisindex Holz, sondern der Erzeugerpreisindex für gewerbliche Produkte einbezogen.

Am 04.12.2004 fanden Bietergespräche des Ag mit der Ast und der Bg statt.

Am 07.01.2004 legte der Ag dem einen Vergabevorschlag zur Abstimmung vor.

Darin wird ausgeführt, dass die Angebote der Holzhackschnitzelanlage und des Blockheizkraftwerkes technisch als gleichwertig zu betrachten seien. Geringe ökologische und deutliche finanzielle Vorteile würden sich für die Holzlösung der Bg ergeben. Deshalb werde vorgeschlagen, an diese den Auftrag zu erteilen.

Dem Vergabevorschlag angefügt war ein Bietervergleich bezüglich der Kosten. Darin war das Angebot Variante 2 der Bg aus Gründen der Vergleichbarkeit um die Stromkosten auf den Betrag von brutto € Jahreskosten hochgerechnet. Es wird dabei als Nebenangebot, also als Angebot der Variante 3 nach Wahl des Bieters eingeordnet. Für den Jahresgrundpreis wurde von einem Anlagenrestwert von € ausgegangen.

Das Hauptangebot der Bg liegt mit einem Betrag von € auf dem dritten Platz bei den Hauptangeboten. Unter Variante 2 war kein Angebot der Bg aufgeführt.

Das preisgünstigste Hauptangebot für das BHKW hatte ausweislich des Kostenvergleichs die Ast mit brutto € Jahreskosten abgegeben, das preisgünstigste Angebot auf die Variante 2 „Holzbefuerung mit 1.000 kW“ stammte mit brutto € ebenfalls von der Ast.

Mit Schreiben vom 16.01.2004 teilte der Ag der Ast mit, es sei beabsichtigt, der Bg den Auftrag zu erteilen, da diese das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe.

Am 21.01.2004 beschloß der des, dem Vergabevorschlag des Ag zu folgen und den Auftrag an die Bg zu erteilen.

Am 22.01.2004 äußerte sich die Ast telefonisch Zweifel gegenüber dem Ag und wurde aufgefordert, offene Fragen zur Vergabeentscheidung schriftlich an den Ag zu richten.

Am 27.01.2004 fand ein Aufklärungsgespräch nach § 24 VOL/A zwischen der Ast und der Ag statt, in dem die Ast vermeintliche Vergabefehler rügte.

Mit Schreiben vom 28.01.2004 teilte die Ast dem Ag mit, dass weiterhin Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidung bestünden. Materielle Fehler seien bereits im Aufklärungsgespräch dargelegt worden. Daneben sei die Ast der Auffassung, dass das Angebot der Bg schon deshalb keine Berücksichtigung finden könne, weil es die Anfragespezifikation einer „...Holzfeuerungsanlage mit mindestens 1.000 kW ...“ nicht berücksichtige, sondern stattdessen lediglich eine Leistung von 850 kW beinhalte.

Mit Schreiben vom 29.01.2004 antwortete der Ag auf im Aufklärungsgespräch und im Schreiben der Ast vom 28.01.2004 gestellte Fragen.

Die Anlagen seien bei allen Bietern mit einem Restwert von € nach 15 Jahren angesetzt worden. Da nicht bekannt sei, welche Technik in 15 Jahren zum Einsatz kommen werde, wolle der Ag auch keinen hohen Restwert für ein Holzsilos bei einer Holzheizung bezahlen.

Zur Herstellung der Vergleichbarkeit seien bei allen Angeboten die Stromkosten mit betrachtet worden. Bei allen Angeboten sei aufgrund erwarteter Stromverbrauchseinsparungen eine Reduzierung des Stromverbrauchs von 880.000 kWh auf 850.000 kWh vorgenommen worden. Diese Reduzierung führe zu keiner Veränderung der Bieterreihenfolge.

Bei allen Angeboten seien keine Kosten für das eigene Grundstück berechnet worden. Sofern Zukäufe nötig seien, sei dies in die Bewertung aufgenommen worden. Bei der Holzheizungslösung der Ast sei ein Zukauf vom Grundstück des im Eigentum der stehenden Kindergartens in Höhe von € einschließlich Verzinsung, umgerechnet auf Jahreskosten = ... € berücksichtigt worden.

Technische Notwendigkeiten seien bei allen Angeboten berücksichtigt worden. Bei der Blockheizkraftwerklösung der Ast seien für den Hydraulikumbau Jahreskosten von ... € und bei der Holzheizung für die Befestigung der Zufahrt Jahreskosten von € berücksichtigt worden.

In die Bewertung seien bei allen Angeboten alle bekannten Fördermittel einbezogen worden.

Für den KWK-Zuschuss sei ein Zuschuss für das Blockheizkraftwerk nicht auf der Grundlage des derzeit gültigen Satzes von Cent/kWh herangezogen worden, wie von der Ast angeboten. Es sei ein Durchschnittswert gebildet worden, da der Zuschuss bis zum Jahr 2010 auf bis zu Cent/kWh zurückgehe. Der in der Besprechung genannte Betrag sei nochmals geringfügig auf € pro Jahr korrigiert worden. Dies führe zu keiner Änderung der Bieterreihenfolge.

Die Hausmeisterkosten seien generell bei allen Angeboten mit 150 Std. berücksichtigt. Für die Bewertung ausschlaggebend seien die in den Angeboten genannten Jahreskosten gewesen. Die Gesamtkosten für die Vertragslaufzeit mit anzunehmenden Preissteigerungsraten für Energiepreise und andere Indizes seien primär nicht bewertet worden, da diese Ansätze mit großen Unsicherheiten behaftet und spekulativ seien. Zur Überprüfung der von den Bietern gewählten Preisgleitklauseln sei aber eine Sensitivitätsanalyse durchgeführt worden, in der der Effekt der Preisgleitklauseln auf die Gesamtkostenentwicklung unter Zugrundelegung einer Preisentwicklung auf Basis von Erfahrungswerten errechnet worden sei. Dies habe zu keiner Änderung der Bieterreihenfolge geführt.

Zusätzlich sei nach dem Aufklärungsgespräch eine Variante mit stärkeren Preisentwicklungen berechnet worden, die ebenfalls die Bieterreihenfolge nicht verändert habe.

Auch dürfe entgegen der Ansicht der Ast die Holzheizung mit einer Heizleistung von 850 kWh berücksichtigt werden, da eine optionale Variante 3 nach Wahl des Bieters angeboten werden durfte. Dabei seien keine Einschränkungen in den Leistungen der energiesparenden bzw. erneuerbaren Techniken getroffen worden. Diese Variante dürfe jedoch ökologisch nicht schlechter sein als die Hauptvariante (BHKW), wobei als Kriterium die CO₂-Emissionen herangezogen worden seien. Die nochmalige Überprüfung der Vergabeentscheidung habe daher zu keinem anderen Ergebnis geführt.

Am 29.01.2004 stellte die Ast Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer.

Die Ast trägt vor, die Bg sei gerade deshalb preislich günstigster Bieter, weil sie eine Holzleistung von lediglich 850 kWh angeboten habe. Dadurch sei aber die Anforderung der Variante 2 nicht erfüllt. Es gehe nicht an, dass ein Angebot, das die Anforderungen der Variante 2 nicht erfülle, einfach als Variante 3, also als Nebenangebot deklariert werde. Vielmehr sei es so, dass die Bg die Variante 2 gar nicht angeboten habe und in der Variante 3 unter unzulässiger Abänderung der Variante 2 (Holzheizung) so tue, als ob sie hier ein Nebenangebot mit anderen technischen Überlegungen vorlege. Da die Bg etwas nicht Angefragtes angeboten habe, sei sie mit ihrem Angebot auszuscheiden. Keinesfalls könne aber auf ein verändertes und nicht der Anfrage entsprechendes Angebot der Zuschlag erteilt werden. Vielmehr sei ohne Berücksichtigung des auszuschließenden Angebotes der Bg der Auftrag an die Ast als den günstigsten und wirtschaftlichsten Bieter zu erteilen.

Mit Schreiben vom 04.02.2004 trägt die Ast weiter vor, es sei im Gespräch am 27.01.2004 gegenüber dem Ag zudem gerügt worden, dass die Ausschreibung nicht erkennen lasse, mit welchem Restwert die technische Anlage nach 15 Jahren bewertet werde. Zwar meinte der Ag im Schreiben vom 29.01.2004 im Nachgang zum Gespräch, dass alle Angebote mit einem

Restwert nach 15 Jahren von € bewertet worden seien, dieses Kriterium sei in der Ausschreibung aber nicht genannt. Dass dies zu keiner Änderung der Biiterrangfolge führe, sei unerheblich.

Auch sei aus der Ausschreibung nicht ersichtlich, dass die Stromkosten im Rahmen der Vergleichbarkeitsprüfung der Angebote miteinbezogen würden, und der Strombedarf unter Berücksichtigung zukünftiger Verbrauchseinsparungen herangezogen würde. Auch hierbei spiele es keine Rolle, dass diese nachträglich eingeführten Kriterien nicht zu einer Schlechterstellung führten.

Es sei weiter vergaberechtswidrig, dass für die Holzheizungslösung der Ast Kosten in Höhe von € für das Grundstück Kindergarten berücksichtigt worden seien, während bei allen technisch vorgeschlagenen Lösungen offensichtlich keine Kosten für das eigene Grundstück eingerechnet wurden. Auch hier seien die Kriterien nicht eindeutig und nachvollziehbar und zudem erst nachträglich genannt worden.

Auch sei es aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich gewesen, dass der Ag bei der Bewertung der Angebote bezüglich des Angebots der Ast technische Notwendigkeiten bei der Vergleichbarkeitsberechnung berücksichtigen würde.

Dass in die Bewertung der Angebote Fördermittel und Zuschüsse einbezogen würden, sei nicht nachvollziehbar und kein zuvor bekanntgemachtes Kriterium.

Auch die Berücksichtigung der Hausmeisterkosten sei der Ausschreibung nicht zu entnehmen.

Ebenso sei die Entwicklung der Preisgleitklausel bezüglich der Gesamtkostenentwicklung nicht nachvollziehbar. Dieses Kriterium sei aus den Ausschreibungsunterlagen so nicht erkennbar gewesen. Auch sei nicht nachvollziehbar, dass der Ag in seinem Schreiben vom 29.01.2004 eine Sensitivitätsanalyse einführe, die eine stärkere Preisentwicklung heranziehe. Dieses Kriterium sei erst auf die Rüge der Ast nachträglich eingeführt worden.

Die Ast beantragt,

1. festzustellen, dass die Antragstellerin durch das Verfahren der Ausschreibung des Antragsgegners vom 26.09.2003 in ihren Rechten verletzt wird;
2. dem Antragsgegner zu untersagen, der Beigeladenen den Zuschlag für die Wärmeversorgung des Schulzentrums zu erteilen;

hilfsweise

3. die Ausschreibung zu spezifizieren hinsichtlich Variante 3;

höchst hilfsweise

4. die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung vom 26.09.2003 festzustellen.

Der Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unzulässig abzuweisen.

Mit Schriftsätzen vom 13.02.2004 und 16.02.2004 trägt der Ag vor, der Nachprüfungsantrag der Ast sei unzulässig. Sowohl das Hauptangebot Variante 1 als auch die von ihr angebotene Variante 2 seien zwingend von der Wertung auszuschließen. Damit sei die Ast nicht antragsbefugt und ihr Antrag nicht zulässig. Daher bestehe auch kein Akteneinsichtsrecht. Der Antrag der Ast sei unzulässig, da die Ast nicht antragsbefugt sei, da ihr kein Schaden zu entstehen drohe, da ihr Angebot zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschließen sei. Der zwingende Ausschluß ihres Hauptangebotes Variante 1 ergebe sich daraus, dass im Angebotsschreiben der Ast vorgesehen sei, dass bei einer Veränderung des Strombedarfs in den Schulen eine Verpflichtung des Ag vorgesehen sei, mindestens eine Strommenge von 750 MWh/a zum vereinbarten Preis abzunehmen. Eine solche Verpflichtung sei in den Verdingungsunterlagen nicht vorgesehen. Es handle sich hierbei also um eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen, sodass das Hauptangebot der Ast zwingend auszuschließen sei.

Eine weitere unzulässige Änderung sei, dass die Ast eine von den Unterlagen des Ag abweichende Preisgleitklausel vorsehe. Die Ast berücksichtige abweichend vom LV in der Klausel den Wärmegrundpreis. Eine solche eigenmächtige Änderung der Parameter sei unzulässig und das Angebot deshalb zwingend auszuschließen.

Weiter schreibe die Ast in ihrem Angebot für die gesamte Vertragsdauer von 15 Jahren den Strompreis fest und weiche damit vom LV ab, in dem der Strompreis an die Preise des Stromversorgers anzupassen seien.

Diese Änderungen der Verdingungsunterlagen seien vom Ag zunächst irrtümlich für aufklärungsbedürftig befunden worden. Dennoch müsse das Angebot nun ausgeschlossen werden, da ein zwingender Ausschluss auch in einem späteren Verfahrensstadium erfolgen könne und müsse.

Das zwingend auszuschließende Hauptangebot der Ast könne auch nicht in ein wertbares Nebenangebot umgedeutet werden. Zunächst sei dafür das Formerfordernis nicht erfüllt, und zum anderen könne ein zwingend auszuschließendes Hauptangebot auch nicht umgedeutet werden, um nicht die zwingenden Vorschriften des § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A zu umgehen, und weiter fehle es dann nach der Umdeutung an einem wertbaren Hauptangebot, was in den Verdingungsunterlagen aber gefordert sei. Zudem fehle es am Nachweis der Gleichwertigkeit.

Ebenso sei die Variante 2 zwingend auszuschließen. Auch hier habe eine unzulässige Änderung der Ermittlung der Preisgleitklausel stattgefunden. Weitere Änderungen seien bei der Konzeption der Rauchgasreinigung festzustellen, für die im LV Multizyklon und Elektrofilter vorgesehen sei, während die Ast im Angebot schreibe, sie habe sich noch nicht auf eine der möglichen Abscheidetechniken festgelegt.

Auch nenne die Ast einen Grund- und einen Arbeitspreis für die-Schule und die-Schule gemeinsam, während die getrennte Angabe gefordert war.

Weiter sehe das LV vor, dass die Heizräume für € an den Betreiber vermietet werden, während die Ast von einer kostenfreien Zurverfügungstellung ausgehe.

Damit sei eine Wertung der Variante 2 der Ast als Nebenangebot nicht möglich, da es

zwingend auszuschließen sei.

Da das ganze Angebot der Ast damit zwingend auszuschließen sei, habe die Ast keine Aussicht auf Zuschlagserhalt und damit fehle es ihr an der Antragsbefugnis.

Der Antrag sei damit als unzulässig zurückzuweisen. Darüberhinaus habe die Kammer dann keine Möglichkeit mehr, in das Vergabeverfahren einzugreifen, da der Amtsermittlungsgrundsatz insoweit eingeschränkt sei.

Am 16.02.2004 erging ein Aufklärungsschreiben der Kammer an die Verfahrensbeteiligten, in dem zu weiterem Vortrag aufgefordert wurde.

Mit Schriftsatz vom 19.02.2004 wiederholte und vertiefte die Ast ihre Rügen hinsichtlich des fehlerhaften Wertungsvorgangs und des zwingenden Ausschlusses des Angebots der Bg und widersprach dem Vortrag des Ag, wonach ihr Angebot auszuschließen sei.

Die Preisgleitklausel für das Hauptangebot im Gasbetrieb sei gegenüber dem LV nicht abgeändert, sondern nur ausgefüllt und detailliert dargestellt worden, indem anstelle des Wärmearbeitspreises der Preis des Wärmegrundpreises herangezogen wurde. Ebenso sei für das Angebot Variante 2 die vom Ag vorgegebene Preisgleitklausel durch eine Untergliederung vorbildlich, detailliert und nachvollziehbar ergänzt worden. Dadurch seien für den Ag die

Kostensteigerungsraten begrenzt und überschaubar gemacht worden.

Mit Schriftsatz vom 20.02.2004 betonte der Ag nochmals die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags und ging im einzelnen auf die von der Ast vorgetragenen Punkte ein.

Mit Beschluss der Kammer vom 09.02.2004 ist Beiladung erfolgt. Die Bg hat keine eigenen Anträge gestellt.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts und des Vortrags wird auf die eingereichten Schriftsätze, die Verfahrensakten und die Vergabeakten verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, hat aber keinen Erfolg.

Der Antragsgegner hat erneut in die Wertung einzutreten und unter Ausschluss des Haupt- und des Nebenangebots der Ast sowie des Haupt- und der Nebenangebote der Bg unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Kammer erneut über den Zuschlag zu entscheiden.

Das Haupt- und das Nebenangebot der Ast sowie das Haupt- und die Nebenangebote der Bg waren nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A zwingend aus der Wertung auszuschließen.

Bezüglich der verbleibenden eingereichten Angebote wird der Ag eine neue Wertung durchzuführen und diese vollständig und nachvollziehbar zu dokumentieren haben.

1. Der Nachprüfungsantrag ist **zulässig**.

1.1.

Der Ag ist öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 Nr. 1 GWB. Die angerufene Vergabekammer ist für die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag zuständig.

Die Ausschreibung ist auf der Grundlage der VOL/A erfolgt. Der Wert des Auftrags ist für die Bestimmung des Erreichens des Schwellenwerts nach der Vertragsdauer zu berechnen, die sich auf 15 Jahre erstreckt. Bei einem Auftragswert von jährlich ca. € netto ergibt sich für 15 Jahre ein Wert von netto ca. €. Der Schwellenwert gemäß § 2 Nr. 3 VgV ist damit deutlich überschritten.

1.2.

Die Antragsbefugnis der Ast gem. § 107 Abs. 2 GWB ist gegeben.

Die Ast hat durch ihre Beteiligung am Vergabeverfahren und durch ihre Angebotsabgabe ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erlangung des Auftrags dokumentiert.

Da sie ausweislich des vom Ag vorgenommenen Bietervergleichs sowohl für das Hauptangebot als auch für das Nebenangebot Variante 2 das preislich günstigste Angebot abgegeben hat, hat sie Chancen auf den Zuschlag.

Gegen die Antragsbefugnis spricht auch nicht die vom Ag ins Feld geführte Tatsache, dass die Antragstellerin zwingend auszuschließen sei und aus diesem Grund keine reale Zuschlagschance haben könne.

Sowohl aus dem Wortlaut des § 107 Abs. 2 GWB als auch aus allgemeinen Rechtsgedanken ergibt sich, dass dieser Umstand allenfalls die Begründetheit eines Nachprüfungsantrages betreffen kann. § 107 Abs. 2 GWB knüpft die Antragsbefugnis in dem hier entscheidungserheblichen Umfang an die Geltendmachung einer Verletzung seiner Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften. Ähnlich wie die Parallelregelung des § 42 Abs. 2 VwGO muß es für die Antragsbefugnis und somit die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages ausreichen, dass der Antragsteller darlegt, dass er durch die (behauptete) Nichtbeachtung von Vergabevorschriften in seinen Rechten verletzt sein könnte. Nur in diesem Sinne kann der Hinweis auf das Geltendmachen einer Rechtsverletzung verstanden werden. Ob die Antragstellerin tatsächlich in ihren Rechten verletzt ist, ist ebenso wie im Verwaltungsprozess eine Frage der Begründetheit des Antrages, was § 114 Abs. 1 GWB verdeutlicht. Nach dieser Regelung entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller (tatsächlich) in seinen Rechten verletzt ist und trifft dann, und nur dann - abgesehen von der umstrittenen Möglichkeit des § 114 Abs. 1 S. 2 HS 2 GWB - die geeigneten Maßnahmen, um eine (tatsächliche und nicht nur im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB geltend gemachte) Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern (in dieser Diktion auch Kammergericht, Beschl. v. 22.08.2001, KartVerg 3/01). Die Kammer schließt sich insoweit den Ausführungen der VK Sachsen, B.v. 28.01.2004 – 1/SVK/158-03- an.

Diese Ansicht wird auch gestützt durch das Urteil des EuGH, Urt.v. 19.06.2003 – Rs. C-249/01 – „Hackermüller“, wonach es dem Bieter gerade ermöglicht werden muß, im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens die Stichhaltigkeit des Ausschlußgrundes anzuzweifeln, und

wonach ihm der Zugang zum Nachprüfungsverfahren nicht mit der Begründung verwehrt werden kann, dass ihm kein Schaden entstanden sei, da sein Angebot ja aus anderen Gründen auszuschneiden gewesen wäre.

Die Prüfung, ob tatsächlich ein Ausschlußgrund vorlag, ist dann aber eine materielle Prüfung in der Sache, die nicht die Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit des Antrags betrifft, für die zunächst die Zulässigkeit des Antrags bejaht werden mußte.

1.3.

Die Ast ist der Rügeverpflichtung des § 107 Abs. 3 GWB nachgekommen.

Davon, dass sie den Zuschlag nicht erhalten solle, hat sie mit Schreiben vom 16.01.2004 Kenntnis erlangt. Von einem möglichen Vergaberechtsverstoß mußte sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht ausgehen. Dass der Zuschlag auf ein Nebenangebot erteilt werden sollte, das den Vorgaben der Variante 2 nicht entsprach, gelangte der Ast erst später zur Kenntnis. Bereits am 22.01.2004 äußerte die Ast telefonisch gegenüber dem Ag Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidung. Dass sich die Ast daraufhin um ein Aufklärungsgespräch am 27.01.2004 bemühte und im Nachgang dazu mit Schreiben vom 28.01.2004 nochmals auf mögliche Vergaberechtsverstöße hinwies, reicht vorliegend für ein Erfüllen der Rügeverpflichtung aus.

2. Der Nachprüfungsantrag hat **keinen Erfolg**.

Die Ast hat mit ihrem Antrag keinen Erfolg, da sie im streitgegenständlichen Vergabeverfahren nicht im Sinne des § 114 Abs. 1 GWB in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist.

Die Angebote der Ast sind aufgrund von Änderungen an den Verdingungsunterlagen nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschließen.

Da in der Sache allerdings nach § 114 Abs. 1 GWB die Zurückverweisung zur Neuwertung anzuordnen war, war auch der zwingende Ausschluß der Angebote der Bg aufgrund von Änderungen an den Verdingungsunterlagen nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A aus dem Vergabeverfahren aus Gründen der Gleichbehandlung anzuordnen.

2.1.

Sinn des § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A ist die Sicherstellung der Transparenz des Verfahrens und der Gleichbehandlung der Bieter, um durchsichtige, in den ausgewiesenen Leistungspositionen identische, miteinander ohne weiteres vergleichbare Vertragsangebote zu erhalten, um einen fairen Wettbewerb sicherzustellen (vgl. BGH X ZR 85/97 v. 08.09.1998, zit. nach VK Südbayern, B.v. 15.06.2001 – 18-05/01). Dürften die Bieter Änderungen am Leistungsverzeichnis vornehmen, so wäre die Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gewährleistet. Außerdem soll der Auftraggeber davor geschützt werden, dass er Veränderungen am

Leistungsverzeichnis nicht bemerkt und einem günstiger wirkenden Angebot den Zuschlag erteilt (VK Bund, B.v. 24.10.2000 – VK 1-31/00).

Die Vorschriften über den zwingenden Ausschluß der Angebote bei veränderten Verdingungsunterlagen sollen gerade verhindern, dass Angebote bezuschlagt werden, die nicht den Bedürfnissen des Auftraggebers entsprechen, und dass durch die Berücksichtigung solcher Angebote im Wertungsprozeß andere Bieter in ihren Wettbewerbschancen benachteiligt werden (vgl. VK Bund, B.v.11.11.2003 – VK 1-103/03). Es geht also nicht allein darum, dass der Auftraggeber eigenverantwortlich bestimmt, zu welchen Bedingungen er den Vertrag abschließen möchte, sondern auch darum, dass die übrigen Teilnehmer an der Ausschreibung nicht durch eine Änderung der Verdingungsunterlagen durch einen Mitbieter einen Wettbewerbsnachteil erleiden. Der durch die öffentliche Ausschreibung eröffnete Wettbewerb kann nur gewährleistet werden, wenn Änderungen an den Verdingungsunterlagen ausgeschlossen werden, weil anderenfalls die Vergleichbarkeit der Angebote leidet (BGH aaO.).

Als Änderungen der Verdingungsunterlagen werden typischerweise Streichungen aus oder Ergänzungen der Verdingungsunterlagen angesehen. Jedoch ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift auch ein Angebot, das nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspricht, als eine Abänderung anzusehen (vgl. VK Bund, B.v. 11.11.2003 – VK 1-103/03). Dabei spielt es keine Rolle, ob die vom Bieter vorgenommenen Änderungen zentrale und wichtige oder eher unwesentliche Leistungspositionen betrifft. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Abweichungen letztlich irgend einen Einfluß auf das Wettbewerbsergebnis haben können. § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A ordnet den Angebotsausschluß zwingend für jeden Fall einer unzulässigen Änderung der Verdingungsunterlagen und ohne Rücksicht auf die Bedeutung der betroffenen Leistungsposition und die wirtschaftlichen Auswirkungen der vorgenommenen Änderungen an (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 29.11.2000 – Verg 21/00).

§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A schreibt dem Auftraggeber vor, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, sodass die Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen. Dies beinhaltet nach ständiger Rechtsprechung, dass es bei der Auslegung von Leistungsbeschreibungen mit Leistungsverzeichnissen auf den Wortlaut ankommt, der Wortlaut aber aus Sicht eines objektivierte Empfängerhorizontes des mit der Ausschreibung angesprochenen Empfängerkreises zu bestimmen ist. Daneben können auch Umstände des ausgeschriebenen Vorhabens wie die Zweckbestimmung der Anlage für die Auslegung bedeutsam sein (vgl. VK Bund, B.v.11.11.2003 – VK 1-103/03).

Auch darf der Auftraggeber nicht selbst von den von ihm gesetzten Anforderungen abweichen. Der grundsätzlich weite Ermessensspielraum bei der Bewertung der Angebote engt sich dann ein, wenn der Auftraggeber diesen selbst durch die Angabe von Mindestvoraussetzungen einschränkt. Er ist daraufhin an diese Voraussetzungen gebunden und darf nicht nachträglich von ihnen abweichen (BayObLG, B.v. 20.12.1999 – Verg 8/99). Im vorliegenden Fall sind dem Leistungsverzeichnis mehrere Vorgaben zu entnehmen, die die Bieter bei der Angebotserstellung zu berücksichtigen hatten. Unter anderem waren dies:

- Es war ein Konzept und ein Angebot auch für die optional ausgeschriebenen Turnhalle und die Kreissporthalle abzugeben. Die Art und Weise, wie die Einbeziehung der Kreissporthalle im LV dargestellt wird, läßt vom objektiven Erklärwert keinen anderen Schluß zu, als dass der Ag erwartete, dass die Bieter auch für die Kreissporthalle Angebote abgeben würden. Anderes ergab sich auch nicht in der mündlichen Verhandlung.

- Es war bei Angebot der Variante 2 als Nebenangebot eine Holzheizung mit mindestens 1.000 kW anzubieten.
- Es war bei Angebot der Holzheizung ein Holzlager vorzusehen, das eine Bevorratung für mindestens 5 Tage im Vollastbetrieb ermöglichte.
- Es waren Preisgleitklauseln anzugeben, anhand derer sich die zukünftige Entwicklung des Wärmelieferungspreises entnehmen ließ, dazu hatte der Ag Klauseln mit ganz bestimmten Parametern vorgegeben.

Diese Vorgaben waren weder mißverständlich formuliert noch ins Belieben der Bieter gestellt. Zugleich waren in diesen Anforderungen auch die Mindestanforderungen für die zugelassenen Nebenangebote zu erblicken, hinter denen Nebenangebote nicht zurückbleiben durften, um zu gewährleisten, dass sowohl die technische Geeignetheit als auch die preisliche Vergleichbarkeit gegeben war. An diesen Vorgaben mußten sich die eingereichten Angebote messen lassen.

2.2. Haupt- und Nebenangebot der Ast

2.2.1.

Sowohl das Haupt- als auch das Nebenangebot der Ast sind zwingend nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A auszuschließen. Die Änderung der Parameter der Preisgleitklausel stellt eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen dar.

Es handelte sich bei der Vorgabe der Preisgleitklausel im LV um eine Angabe, die die Vergleichbarkeit der Angebote hinsichtlich der Preisentwicklung für die Zukunft sichern sollte. Zugleich stellt diese Formel eine Vorgabe dar, die fester Vertragsbestandteil werden sollte, und an der sich der Bieter festhalten lassen mußte.

Mit der Vorgabe der Klausel dokumentierte der Ag seinen Willen, die auf ihn zukommenden Kosten an ganz bestimmte Parameter binden zu wollen.

Eine Änderung der Klausel führt zu einer anderen Preisentwicklung in der Zukunft. Zwar bezeichnete die Ast diese Änderung als „Spezifizierung“, doch mußte sie in der mündlichen Verhandlung einräumen, dass die Änderung gegenüber der vorgegebenen Formel zu einem anderen Ergebnis führt, sodass es sich im Ergebnis tatsächlich nicht um eine bloße Spezifizierung und Ausgestaltung, sondern um eine Änderung handelt.

Dass die Ast diese Parameter änderte, führt zu einem Angebot, das nicht mehr den vom Ag gewollten und im LV niedergelegten Inhalt hat. In dieser Form war das Angebot für den Ag nicht mehr zuschlagsfähig.

Unerheblich ist, ob vom Ag die Preisentwicklung in die preisliche Wertung miteinbezogen werden sollte. Zwar erscheint die Erklärung des Ag, sie nicht einbezogen zu haben, sachlich nicht einleuchtend, da die zukünftige Preisentwicklung von wesentlicher Bedeutung für die Wärmekosten in den nächsten Jahren, und dadurch geeignet ist, Einfluß auf die konkrete Vergabeentscheidung zu nehmen, doch kann dies ebenso wie die Frage, ob die vorgenommenen Änderungen zulasten oder, wie von der Ast vorgetragen, zugunsten des Ag ausfallen, dahingestellt bleiben, da der Ausschluß des Angebots der Ast zwingend zu erfolgen hat, und es damit nicht auf die Wettbewerbsrelevanz der Änderungen ankommt.

2.2.2.

Zudem ist das Hauptangebot der Ast nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A zwingend auch deshalb auszuschließen, weil die Ast darin die Stromkosten für den vom BHKW erzeugten und vom Ag abgenommenen Strom für die gesamte Vertragslaufzeit auf einen bestimmten Betrag pro kWh festlegen will.

Im LV vorgesehen war eine Anpassung der Strompreise durch die Kopplung an den marktüblichen Strompreis, der Schwankungen unterliegt.

Dass die Ast dies nicht in ihr Angebot übernimmt, sondern einen eigenen, festen Betrag einsetzt, stellt eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen dar.

Eine Umdeutung in ein Nebenangebot scheidet vorliegend bereits deshalb aus, da es sich gerade um das Hauptangebot handelt, das umzudeuten wäre, sodass danach kein Hauptangebot mehr vorläge. Da aber laut LV Nebenangebote zwingend nur in Verbindung mit einem Hauptangebot vorzulegen waren, würde diese Umdeutung zwangsläufig ebenfalls zur Unzulässigkeit führen, da es dann einem Hauptangebot fehlte.

2.2.3.

Weiter hat ein zwingender Ausschluß des Hauptangebots der Ast nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A zu erfolgen, da die Ast eine jährliche Stromabnahmemenge von 750.000 kWh verpflichtend in ihrem Vertragsangebot vorsieht. Eine solche verbindliche feste Abnahmemenge war im LV nicht vorgesehen. Vielmehr war vorgesehen, dass der Ag den von ihm im Schulzentrum benötigten Strom abnimmt, dass aber überschüssiger Strom in das öffentliche Netz eingespeist wird. Eine verbindliche Abnahmemenge erscheint auch vor dem Hintergrund der langen Laufzeit von 15 Jahren problematisch, da sich der Bedarf für diesen Zeitraum nur schwer abschätzen läßt. Jedenfalls stellt diese einseitig von der Ast eingefügte Vertragsbedingung eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen dar.

Für die Frage einer möglichen Umdeutung in ein Nebenangebot wird auf die Ausführungen in Pkt. 2.3.2. bezüglich der Festschreibung des Strompreises Bezug genommen.

2.2.4.

Auch ist das Nebenangebot der Ast zwingend nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A auszuschließen, da es eine Vorratshaltung für Heizmaterial lediglich für 3 ½ Tage und nicht wie gefordert für 5 Vollasttage vorsieht.

Die Anforderung einer Bevorratung für 5 Vollasttage stellt eine dem LV eindeutig zu entnehmende Anforderung dar, die nicht zur Disposition der Bieter stand. Dass die Ast diese Anforderung in ihrem Angebot ohne weitere Begründung in 3 ½ Tage abändert, stellt eine unzulässige Abänderung der Verdingungsunterlagen dar, die zum zwingenden Ausschluß des Angebots nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A führt.

Auch wenn es nicht darauf ankommt, ob es sich um eine wettbewerblich relevante Abweichung vom LV handelt, so ist dennoch anzumerken, dass es für die Sicherstellung der Wärmelieferung für ein Schulzentrum durchaus wesentlich sein kann, einen gewissen Puffer an Heizmaterial bereitzuhalten, um beispielsweise über Feiertagswochenenden oder bei Problemen des Betreibers mit der Lieferung neuen Heizmaterials den Betrieb der Heizanlage

sicherzustellen.

2.3. Haupt- und Nebenangebote der Bg

2.3.1.

Das Haupt- wie auch die Nebenangebote der Bg waren nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A zwingend aus der Wertung auszuschließen, da die Bg die optionale Versorgung der Kreissporthalle mit Wärme nicht in ihre Angebote einbezogen hat.

Eine optional ausgeschriebene Leistung stellt eine Anforderung dar, deren Voraussetzungen hinsichtlich ihrer Ausführung bereits bei Ausschreibung feststehen und klar definiert sind, sodass eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung in der Leistungsbeschreibung iSd. § 8 VOL/A möglich ist. Die optionale Teilausschreibung ist daher eher den Wahl- oder Alternativpositionen zuzuordnen als den Bedarfs- oder Eventualpositionen. Sie unterscheidet sich zumindest im vorliegenden Fall allerdings von Wahlpositionen dadurch, dass sie nicht teilweise an die Stelle der regulären Leistungspositionen treten und diese verdrängen will, sondern zur Hauptausschreibung eine Erweiterung darstellt. Daher bedarf es auch keiner mengenmäßigen, anteiligen Begrenzung im Verhältnis zu den Grundpositionen (vgl. Müller-Wrede, VOL/A, § 8 Rdn. 29), solange die Option keine unverhältnismäßige Vergrößerung des Leistungsumfangs darstellt, die dazu führt, dass entweder den Bietern Schwierigkeiten hinsichtlich der Vorhaltung von Ressourcen zur Leistungserbringung bei Abrufung der Option oder ein kalkulatorisches Wagnis entstehen, oder die Option mißbräuchlich zur Umgehung der Nachprüfungsmöglichkeiten durch Herabsetzung des Schwellenwerts benutzt wird.

Im vorliegenden Fall betraf die ausgeschriebene Option die Einbeziehung zweier Sporthallen in die zentrale Wärmeversorgung, bei deren Dimensionierung bereits hinsichtlich der notwendig verlangten Grundpositionen ein optionaler Einbezug zu berücksichtigen war. Ob die Einbeziehung tatsächlich erfolgen würde, hielt sich der Ag offen. Die Möglichkeit des Einbezuges war aber von den Bietern technisch und kalkulatorisch anzubieten. Bei der Einbeziehung handelte es sich also um eine über die eigentliche notwendig anzubietende Leistung hinausgehende Anforderung, die aber keine unverhältnismäßige Steigerung des Leistungsumfangs darstellte, sondern eine überschaubare Erweiterung betraf.

Der Ag verlangte, dass optional die Kreissporthalle mitversorgt würde, um bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen unproblematisch auf den mit dem Betreiber geschlossenen Vertrag zurückgreifen und die Einbeziehung verlangen zu können. Das heißt, dass der Ag ein dergestalt abgefaßtes Angebot erwartete, dass er bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen darauf den Zuschlag erteilen konnte, ohne dass eine neuerliche Ausschreibung oder spätere Nachverhandlungen notwendig wären. Dies war dem LV auch eindeutig zu entnehmen.

Die optional ausgeschriebene Leistung ist hier zulässiger Bestandteil der Verdingungsunterlagen. Bezieht ein Bieter diese Option nicht in sein Angebot ein, so ist es unvollständig.

Bei den Angeboten der Bg handelt es sich um nicht zuschlagsfähige Angebote, da in ihnen lediglich die Turnhalle ..., nicht aber die Kreissporthalle berücksichtigt ist. Da es sich bei der optionalen Einbeziehung der Kreissporthalle um einen Teil der Verdingungsunterlagen

handelt, stellt das Weglassen dieser Position im Angebot der Bg eine unzulässige Abänderung der Verdingungsunterlagen dar.

Bei Bezuschlagung des Angebots der Bg hätte der Ag keinen Anspruch auf Einbeziehung der Kreissporthalle in die zentrale Wärmeversorgung, sondern es wären neue Vertragsverhandlungen oder eine weitere Ausschreibung notwendig. Dies war vom Ag aber gerade nicht gewollt.

Damit entsprach das Angebot der Bg nicht den Verdingungsunterlagen und war zwingend nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A auszuschließen.

2.3.2.

Das von der Bg vorgelegte Nebenangebot hinsichtlich einer Holzbefuerung mit 850 kW entspricht nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung und ist gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 1 lit. d VOL/A auch aus diesem Grund zwingend auszuschließen.

2.3.2.1.

Nebenangebote dürfen zwar von den Festlegungen der Verdingungsunterlagen abweichen. Sie dürfen dies aber nicht bei allen Festlegungen. Vielmehr können und müssen Nebenangebote wegen Änderungen der Verdingungsunterlagen ausgeschlossen werden, wenn sie die in den Verdingungsunterlagen geforderten verbindlichen Festlegungen (K.o.-Kriterien) nicht erfüllen. Weichen sie von verbindlichen Festlegungen des Auftraggebers (K.o.-Kriterien) ab, sind sie zwingend auszuschließen (Schweda, Nebenangebote im Vergaberecht, in VergabeR 3/2003, S. 272).

Das Angebot der Bg enthält eine Anlage mit einer Heizleistung von lediglich 850 kW. Dies stellt eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen in einer für den konkreten Vertragsinhalt maßgeblichen Leistungsposition dar.

Ausgeschrieben war als Hauptangebot die Wärme- und Stromlieferung mittels eines gasbetriebenen Blockheizkraftwerkes. Optional konnte als Variante 2 eine Befuerung mit Holz angeboten werden. Hierbei handelt es sich um ein vom Auftraggeber für zulässig erklärtes Nebenangebot, dessen Mindestanforderungen hinsichtlich der Heizleistung genau beschrieben waren, sodass auch nach der Entscheidung des EuGH, U.v. 16.10.2003 – C – 421/01 – „Traunfellner“ grundsätzlich zuschlagsfähige Nebenangebote abgegeben werden konnten. Wenn im vorliegenden Fall damit eine Holzfeuerungsanlage angeboten würde, so mußte diese als Mindestanforderung mindestens 1.000 kW Heizleistung liefern. Bei der für eine Holzheizung geforderte Heizleistung handelt es sich um ein sog. K.o.-Kriterium. Das Erfordernis, dass eine Holzheizung eine Mindestleistung von 1.000 kW haben mußte, ist unabhängig davon, ob das diesbezügliche Angebot als Nebenangebot Variante 2 oder als zusätzliches Nebenangebot Variante 3 bezeichnet wird, sondern stellt eine die konkrete Leistungserbringung betreffende Leistungsposition dar.

Diese Anforderung ändert das Nebenangebot der Bg unzulässigerweise in 850 kW ab.

Dass die Bg vortrug, dass diese Anlage für die Erbringung der geforderten Heizleistung gleich geeignet sei, ist insoweit unerheblich. Das Angebot entspricht nicht den Verdingungsunterlagen und ist daher zwingend nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A auszuschließen.

2.3.2.2.

Selbst dann, wenn man zum Ergebnis käme, es handle sich nicht um eine Änderung der Verdingungsunterlagen, sondern um ein zunächst grundsätzlich zulässiges Nebenangebot, gelangte man zum Ergebnis, dass dieses Nebenangebot auszuschließen ist, da es kein gleichwertiges Nebenangebot zur Variante 2, sondern ein unzulässiges abgemagertes Hauptangebot darstellt.

Wesentlicher Wertungsbestandteil ist die Frage der Gleichwertigkeit der im Nebenangebot enthaltenen Ausführung mit der ausgeschriebenen Hauptleistung. Die Kriterien der Wertung von Nebenangeboten ergeben sich wie bei einem Hauptangebot aus § 25 Nr. 3 VOL/A. Das Nebenangebot muss nicht nur das annehmbarste für den Auftraggeber sein, sondern auch gleichwertig zu den Hauptangeboten. Die geforderte Gleichwertigkeit des Nebenangebots muss sich sowohl auf den Preis als auch auf die Qualität des Hauptangebots beziehen. Ein Angebot mit gleichwertiger Qualität liegt vor, wenn es in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht die Anforderungen der Vergabestelle erfüllt, also allen vom Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung gestellten Anforderungen entspricht (Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 25, Rdn. 141 ff). Dabei können diese Anforderungen auch durch andere, vom Leistungsverzeichnis abweichende technische Lösungen erfüllt werden. Entscheidend ist, dass das abweichende Angebot den vertraglich vorausgesetzten Zweck unter allen technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten erfüllt und so für den Auftraggeber geeignet ist. Vorteile aus dem Nebenangebot sind zu berücksichtigen (Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 25 Rdn. 132 und 141).

Die Gleichwertigkeit muss soweit dargelegt werden, dass der Auftraggeber sie ohne besondere Schwierigkeit prüfen kann. Weicht das Nebenangebot in technischer Hinsicht vom Hauptangebot ab, ist es Aufgabe des Bieters, die Gleichwertigkeit durch entsprechende Unterlagen wie Prüfzeugnisse, Gutachten, Qualitätszertifikate etc. nachzuweisen (OLG Koblenz, Beschl. v. 05.09.2002 – Verg 4/02).

Nebenangebote müssen also einem Hauptangebot qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Dies setzt aber voraus, dass das Nebenangebot den Zweck, den der Auftraggeber mittels der nachgefragten Leistung erreichen will, erfüllt. "Abmagerungsangebote", die gegenüber dem Hauptangebot lediglich einen geänderten Leistungsumfang aufweisen, sind unzulässig, weil nicht gleichwertig (VK Südbayern, B.v. 09.09.2003, 38-08/03). Um kein abgemagertes Nebenangebot handelt es sich demgegenüber, wenn sich aus der Leistungsbeschreibung erkennen lässt, dass Überkapazitäten gefordert werden, und ein Bieter daraufhin nicht diese Überkapazität anbietet, sondern den geschuldeten Erfolg mit einem geringeren Aufwand anbietet und damit denselben Leistungsumfang mit weniger Aufwand realisiert (VK Bund, B.v. 21.01.2004, VK 1 – 133/03).

Ist die Gleichwertigkeit zu verneinen, so darf das Nebenangebot nicht berücksichtigt werden, da andernfalls eine nachträgliche Abwandlung des ursprünglichen Anforderungsprofils durch die Vergabestelle gegeben wäre, die in Widerspruch zum Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter steht (VK Bund, B.v. 26.03.2002, VK 1 - 07/02; Motzke/Pietzcker/ Prieß, VOB/A, § 25 VOB/A, Rdnr. 143; vgl. a. BGH NJW 2000, 137, 139).

Das Nebenangebot Variante 2 der Bg stellt, sofern es nicht ohnehin wegen unzulässiger Änderung der Verdingungsunterlagen auszuschließen gewesen wäre, ein sog. abgemagertes Angebot dar, das nicht als Nebenangebot, sondern als unzulässiges Hauptangebot zu behandeln ist.

Angeboten wurde eine der Variante 2 entsprechende technische Ausführung, die lediglich

eine gegenüber dem LV geringere Heizleistung enthielt. Die Heizleistung für eine derartige Ausführung war allerdings im Leistungsverzeichnis für Variante 2 mit mindestens 1.000 kW zwingend vorgegeben. Es ist aus den Vergabeunterlagen klar ersichtlich, dass das Angebot einer Holzbeheizung mit einer solchen geforderten Mindestheizleistung verbunden war. Das Angebot einer geringeren Heizleistung bei ansonsten identischer technischer Ausführung stellt daher kein eigenständiges, gleichwertiges Nebenangebot dar, sondern ist eine negative Abweichung von den Vorgaben des LV, die an die Leistungsfähigkeit der Anlage zu stellen waren, sodass es an der Gleichwertigkeit fehlt.

Aus der Leistungsbeschreibung ergibt sich im vorliegenden Fall nicht, dass es sich bei der Anforderung von 1.000 kW für eine Holzheizung um eine Überkapazität handeln könnte. Es waren keine Parameter genannt, von denen die Bieter darauf hätten schließen können, dass die Beheizung des Schulzentrums auch mit einer geringeren Holzheizleistung gleichwertig hätte bewerkstelligt werden können. Vielmehr war vom Ag in der Leistungsbeschreibung darauf hingewiesen worden, dass berücksichtigt werden sollte, dass optional noch eine Turnhalle sowie eine Kreissporthalle an die Nahwärmeversorgung angeschlossen werden sollten, sodass im Hinblick auf die Heizleistung großzügig zu kalkulieren war und somit nichts auf eine überdimensionierte Anforderung hindeutete.

Mangels Gleichwertigkeit kann das Nebenangebot Variante 2 damit nicht in ein Nebenangebot nach Wahl des Bieters umgedeutet werden. Da es negativ von den in den Verdingungsunterlagen gerichteten Anforderungen abweicht, ist es auch hiernach gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOL/A auszuschließen.

2.3.2.3.

Doch nicht nur deshalb, weil es dem Nebenangebot der Bg an der Gleichwertigkeit mit dem ausgeschriebenen Nebenangebot Variante 2 fehlt, kann es nicht in ein zulässiges Nebenangebot umgedeutet werden, sondern auch, weil nicht ersichtlich ist, dass die Bg die Gleichwertigkeit der angebotenen Heizanlage mit der geforderten Leistung von 1.000 kW nachgewiesen hätte.

Die geplante Berücksichtigung des Nebenangebots der Bg stellt aufgrund der Abweichungen vom Leistungsverzeichnis einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot nach § 97 Abs. 2 GWB aufgrund einer Wettbewerbsverzerrung dar. Dem Nebenangebot fehlt es an der Vergleichbarkeit mit den von anderen Bietern als Variante 2 vorgelegten Angeboten.

Nebenangebote, die quantitativ nicht gleichwertig sind, dürfen vom Auftraggeber nicht gewertet werden (vgl. Schweda, VergabeR 2003, 268, 275), da diese den Wettbewerb verzerren. Dies deshalb, da nicht auszuschließen ist, dass andere Bieter bei Kenntnis des entsprechend veränderten Leistungsumfangs günstigere Angebote abgegeben hätten. Nur für den Fall, dass eine Wettbewerbsverzerrung mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, darf ein solcher Bieteranschlag gewertet werden (VK Südbayern, B.v. 09.09.2003, 38-08/03). Es würde eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der übrigen Bieter, die ein Angebot abgegeben hätten, das den Anforderungen der Leistungsbeschreibung ohne weiteres erkennbar entspricht, darstellen, und möglicherweise zu einer Wettbewerbsverzerrung und einer Verkürzung ihrer Zuschlagschancen führen, wenn auch Angebote berücksichtigt würden, die hinter den Anforderungen des LV zurückbleiben und daraus einen möglichen preislichen Vorteil ziehen, ohne dass der Bieter ihre Gleichwertigkeit nachwies.

Das Angebot einer Wärmeerzeugungsanlage mit geringerer Heizleistung mit ansonsten

identischer Ausstattung führt, wie die Ast zurecht vorträgt, dazu, dass dieses Angebot preislich günstiger ist und somit gegenüber den anderen, den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprechenden Angeboten im Vorteil ist. Dies führt somit zu einer Wettbewerbsverzerrung.

Zwar trug die Ast in der mündlichen Verhandlung möglicherweise zutreffend vor, dass sich das Weniger an Heizleistung durch einen größeren eingeplanten Pufferspeicher ausgleichen ließe, doch hat sie dies weder in ihrem Angebot ausgeführt noch im Bietergespräch gegenüber dem Ag erläutert. Damit war der Ag nicht in der Lage, das Nebenangebot der Bg auf Gleichwertigkeit zu überprüfen, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass es keine dokumentierte Gleichwertigkeitsprüfung durch den Ag gibt.

Würde dieses Nebenangebot der Bg dennoch in die Wertung miteinbezogen, so hätte dies einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zur Folge.

Aus diesem Grund ist das Nebenangebot Variante 2 der Bg auch aus Gründen der Gleichbehandlung nach § 97 Abs. 2 GWB iVm. § 25 Nr. 3 VOL/A auszuschließen.

3. Fazit

Es war die Zurückverweisung zur neuerlichen Wertung der eingereichten Angebote auszusprechen, bei der die zwingend auszuschließenden Angebote der Ast und der Bg keine Berücksichtigung mehr finden dürfen.

3.1.

Um die festgestellten Vergabe- und Wertungsfehler zu beseitigen, ist es erforderlich, eine neue Wertung hinsichtlich der verbleibenden Angebote durchzuführen.

Es ließen sich keine unmittelbaren Anknüpfungspunkte dafür finden, die Aufhebung der Ausschreibung anzuordnen, da zum einen die Leistungsbeschreibung die Bieter durchaus in die Lage zu versetzen geeignet war, wertbare Angebote abzugeben, und da zum anderen im Laufe des Nachprüfungsverfahrens den Parteien Angebotspreise und Kalkulationsgrundlagen zur Kenntnis gelangten, sodass bei einer neuerlichen Ausschreibung derselben Leistung eine Wettbewerbsverzerrung auch gegenüber anderen Bietern möglich wäre.

Da insgesamt sechs Bieter Angebote abgegeben hatten, genügt es, die nach Ausschluss der Angebote der Ast und der Bg verbleibenden Angebote neu zu werten und, wenn erforderlich, darüber mit den Bietern in Gespräche nach § 24 VOB/A einzutreten.

3.2.

Da das Vergabeverfahren aufgrund des rechtsfehlerhaft versäumten zwingenden Ausschlusses der Angebote der Bg sowie der Angebote der Ast in den Stand vor Durchführung der Wertung der Angebote zurückzusetzen war, erübrigt es sich, auf sonstige Vergaberechtsverstöße, die bei Durchführung der bereits vorgenommenen Wertung eintraten, im einzelnen einzugehen. Statt dessen sollen dem Ag einige Hinweise gegeben werden, was er bei der Neuwertung der Angebote zu berücksichtigen haben wird.

3.2.1.

Der Ag wird darauf zu achten haben, das Vergabeverfahren von Anfang sorgfältig zu betreiben, indem er für seine Wertung allein die in den Verdingungsunterlagen niedergelegten Kriterien heranzieht und diese vor Durchführung der Wertung gewichtet.

Für die Durchführung der Neuwertung sind insbesondere hinsichtlich des jährlichen Strombedarfs, der anzusetzenden Hausmeisterkosten, der Abgasreinigung oder des Umweltgesichtspunktes die im LV benannten Anforderungen und Werte heranzuziehen, auf deren Grundlage die Bieter ihr Angebot erstellten. Sind diese Kriterien für eine Wertung zu unbestimmt formuliert, so können sie nur untergeordnete Bedeutung erlangen oder sind aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung ganz aus dem Wertungsvorgang auszuschneiden.

3.2.2.

Der Ag wird es zu vermeiden haben, an die einzelnen Angebote unterschiedliche Maßstäbe anzulegen. Auf das Gleichbehandlungsgebot wird zu achten sein.

Sind Angebote um Rechnungsposten zu ergänzen, um vergleichbare vollständige Honorarangebote zu erhalten, so ist dies zu dokumentieren. Ungleichbehandlungen sind hierbei zu vermeiden.

Auf eine der rechnerischen Prüfung der Angebote zugrundeliegende transparente und wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Grundlage ist insbesondere hinsichtlich der Ansätze für den Restwert der Anlage nach 15 Jahren sowie der Kosten für einen erforderlichen Zukauf von Grundstücken oder bei einzelnen Angeboten möglicherweise anfallenden technischen Umbaukosten zu achten. Entstehen hierbei bei einzelnen Angeboten höhere oder zusätzliche Kosten, so ist die Einbeziehung in die Kalkulation zu begründen.

Mögliche Zuwendungen aus Fördermitteln oder Zuschüssen sind in die Wertung nicht einzubeziehen, da ihr Erhalt im Blick auf Gewährungsdauer, -voraussetzungen und -höhe angesichts einer Vertragslaufzeit von 15 Jahren zu unbestimmt ist.

3.2.3.

Auch eine detaillierte Dokumentation des Ablaufs des Vergabeverfahrens im Blick auf die für die Wertung maßgeblichen Stellen wird gemäß § 30 VOL/A durchzuführen sein, um den Ablauf und das Ergebnis vollständig und nachvollziehbar transparent zu machen.

3.2.4.

Insgesamt wird der Ag in zukünftigen Vergabeverfahren zu vermeiden haben, im Vorfeld einer Angebotsabgabe auf Nachfragen der Bieter diesen, ohne dies zu dokumentieren, im Rahmen der Angebotserstellung vom LV abweichende Anforderungen und Erwartungen zu vermitteln, die sich dann möglicherweise in fehlerhaften und auszuschließenden Angeboten niederschlagen können.

III.

Kostenentscheidung

Die Kostenteilung war gemäß § 128 Abs. 3 S. 1 GWB iVm. § 155 Abs. 1 VwGO anzuordnen. Zwar hat der Nachprüfungsantrag für die Ast keinen Erfolg, da ihr Angebot zwingend aus der Wertung auszuschließen war, sodass insoweit ein Unterliegen der Ast festzustellen ist. Die Kostenentscheidung berücksichtigt allerdings gem. § 128 Abs. 3 S. 1 GWB auch das faktische Teilunterliegen des Ag im Nachprüfungsverfahren. Wie von der Ast beantragt, war dem Ag die Zuschlagserteilung auf das Nebenangebot Variante 2 der Bg zu untersagen mit der Folge der Zurückverweisung zur Neuwertung, sodass die Ast in der Sache insoweit obsiegte.

Daher erschien die hälftige Kostenteilung zwischen der Ast und dem Ag angemessen.

Da die Bg keine eigenen Anträge stellte und auch sonst das Verfahren in sachlicher und rechtlicher Hinsicht nicht wesentlich förderte, war sie gemäß § 154 Abs. 3 VwGO in die Kostenentscheidung nicht einzubeziehen, sondern hat lediglich die ihr entstandenen Kosten selbst zu tragen.

Der Ansatz der Gebühr beruht auf § 128 Abs. 1 GWB i.V.m. §§ 3, 9 und 14 VwKostG. Ausgehend vom Gebührenrahmen des § 128 Abs. 2 GWB ist der personelle und sachliche Aufwand der Vergabekammer sowie die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens maßgebend. Die wirtschaftliche Bedeutung ist in erster Linie an der Ausschreibungssumme des Nachprüfungsgegenstandes zu ermitteln. Vorliegend ist der Ausschreibungswert heranzuziehen, der für die vorgesehenen 15 Jahre ausgehend vom günstigsten Hauptangebot brutto ca. € beträgt.

Unter Zugrundelegung dieses Wertes setzt die Kammer die Gebühr auf € fest.

Angefallene Auslagen iSd. § 10 Abs. 1 Nr. 5 VwKostG iVm. §§ 2, 3, 4 und 5 EhrRiEG sind bereits in die Gebühr einbezogen.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Stuttgart - Vergabesenat -, Ulrichstr. 10 in 70182 Stuttgart 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 beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der

Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Maier

Mevius

Völkel