

Vergabekammer Freistaat Thüringen

Vergabekammer beim Thüringer Landesverwaltungsamt · Postfach 22 49 · 99403 Weimar

Per E-Mail: xxx Mit Zustellungsurkunde XXX

Geschäftsstelle:

Telefon 0361 57 332 1254 Telefax 0361 57 332 1059

vergabekammer@ tlvwa.thueringen.de

Ihr Zeichen:

Nachprüfungsverfahren gemäß § 19 ThürVgG a. F., aufgrund einer Beanstandung der Fa. xxx (Beschwerdeführerin) vom 31.01.2024 gegenüber der Stadt xxx (Auftraggeber), betreffend das Vergabeverfahren "Grundhafter Ausbau xxx-Straße 2. BA, Straßenbau, Kanalbau, Trinkwasserleitung, Tiefbau anderer Versorgungs-unternehmen, Ausbau xxx-Straße von xxx bis xxx (Vergabenummer xxx)"

Unser Zeichen: 5090-250-4002/852

Weimar 27.02.2024

Beanstandung durch die Vergabekammer

Beanstandung

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

Das Vergabeverfahren des Auftraggebers wird als rechtswidrig beanstandet. Der Auftraggeber wird, soweit die Vergabeabsicht fortbesteht, verpflichtet, das Vergabeverfahren mindestens in den Stand vor der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots zurückzuversetzen und dieses unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.

www.thueringen.de

99423 Weimai

Vergabekammer beim

Jorge-Semprún-Platz 4

Geschäftszeiten:

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

Thüringer Landesverwaltungsamt

Bankverbindung: Landesbank Hessen-Thüringen (HELABA)

IBAN: DE80820500003004444117 BIC: HELADEFF820

Informationen zum Umgang mit Ihren Daten im Thüringer Landesverwaltungsamt finden Sie im Internet unter: www.thueringen.de/th3/tlvwa/datenschutz/. Auf Wunsch übersenden wir Ihnen eine Papierfassung.

I.

Der Auftraggeber hat das Vorhaben "Grundhafter Ausbau xxx-Straße 2. BA, Straßenbau, Kanalbau, Trinkwasserleitung, Tiefbau anderer Versorgungsunternehmen, Ausbau xxx-Straße von xxx bis xxx (Vergabenummer xxx)" nach den Vergabebestimmungen der VOB/A öffentlich ausgeschrieben.

Unter Buchstabe *C – Anlagen, die soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind* – der "Aufforderung zur Abgabe eines Angebots" (VHB FB 211), war u. a. ein Bieterangaben-Verzeichnis erwähnt.

Die Angebotsabgabe war sowohl elektronisch in Textform als auch schriftlich möglich.

Im *Angebotsschreiben* (VHB FB 213) war das Bieterangaben-Verzeichnis nicht erwähnt.

Unter Ziffer 1 – Unterlagen, die <u>mit dem Angebot</u> abzugeben sind – des Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen (VHB FB 216), Ziffer 1.3, waren beide Punkte Leistungsbezogene Unterlagen, untergliedert in Leistungsverzeichnis mit den Preisen und Produktangaben in folgenden Positionen: Abfrage im LV, jeweils vorangekreuzt, aufgeführt. Das Bieterangaben-Verzeichnis war im FB 216 nicht erwähnt.

In dem den Vergabeunterlagen beiliegenden, zweiseitigen "Bieterangaben-Verzeichnis*", waren insgesamt 19 Positionen aufgelistet, in denen Herstellerund Typangaben eingetragen werden konnten. Am Ende jeder Seite des
Bieterangaben-Verzeichnis war der Hinweis "*nur auszufüllen bei schriftlicher
Angebotseinreichung mit Kurztext-LV" enthalten.

In der Pos. 4.9.11 enthielt das Bieterangaben-Verzeichnis zwei jeweils mit "Hersteller / Typ" bezeichnete Leerzeilen für Bietereintragungen, bei den übrigen Positionen gab es jeweils nur eine Leerzeile.

Zudem war den Vergabeunterlagen des Auftraggebers ein 241-seitiges Leistungsverzeichnis (im Folgenden Lang-LV) beigefügt.

In den Positionen 2.10.7, 2.10.12, 2.10.13, 3.7.10-3.7.12, 4.6.1, 4.8.21, 4.8.22, 4.8.32, 4.8.33, 4.9.6, 4.9.7 und 4.9.11, diese waren im Bieterangaben-Verzeichnis als Positionen benannt, in denen Hersteller- und Typeintragungen vorzunehmen waren, waren keine Leerzeilen für Bietereintragungen vorhanden.

In den Positionen 3.7.1, 3.7.2, 3.7.14, 3.9.23 und 4.8.36 und der Position 4.6.6 (diese war im Bieterangaben-Verzeichnis nicht aufgeführt) waren auftraggeberseitige Hersteller- und Typangaben mit den Zusätzen "od. gleichwertig", "oder glw." bzw. "oder gleichwertig" enthalten, Leerzeilen für Bietereintragungen waren nicht vorhanden.

4 Angebote gingen bis zum Ende der Angebotsfrist am 13.12.2023 um 10.00 Uhr beim Auftraggeber ein, drei Angebote wurden elektronisch eingereicht, ein Angebot ging auf schriftlichem Weg ein.

Im Protokoll des Eröffnungstermins wurden folgende Angebotsendsummen vermerkt:

Nr.	Bieter	Angebotssumme
1.	Beschwerdeführerin (elektronisch)	1.106.050,11 EUR
2.	Fa. aaa (Fa. aaa) (elektronisch)	1.195.620,26 EUR
3.	Fa. bbb (schriftlich)	1.224.689,61 EUR
4.	Fa. ccc (Fa. ccc) (elektronisch)	1.275.335,55 EUR

Das elektronische Angebot der Beschwerdeführerin bestand u. a. aus dem Lang-LV mit Preiseintragungen. Im Lang-LV waren die in den o. g. Positionen vom Auftraggeber vorgegebenen Fabrikatsangaben mit den Zusätzen "od. gleichwertig", "oder glw." bzw. "oder gleichwertig" enthalten, eigene Bietereintragungen enthielt das LV nicht.

Zudem war dem elektronischen Angebot der Beschwerdeführerin das mit handschriftlichen Eintragungen versehene Bieterangaben-Verzeichnis beigefügt. In den Positionen 3.7.14, 4.8.32, 4.8.33 und 4.9.11 erfolgte die Angabe von zwei verschiedenen Herstellern, in den übrigen Positionen die Angabe eines Herstellers.

Das Angebot der Fa. aaa bestand u. a. aus einem 48seitigen Kurz-LV mit Preiseintragungen und dem Lang-LV mit Preiseintragungen. Im Lang-LV waren die in den o. g. Positionen vom Auftraggeber vorgegebenen Fabrikatsangaben mit den Zusätzen "od. gleichwertig", "oder glw." bzw. "oder gleichwertig" enthalten, eigene Bietereintragungen enthielt das LV nicht.

Das Bieterangaben-Verzeichnis war dem Angebot nicht beigefügt und wurde durch die Fa. aaa erst auf Nachforderung durch den Auftraggeber mit handschriftlichen Eintragungen vorgelegt.

Mit Schreiben vom 24.01.2024 wurde die Beschwerdeführerin durch den Auftraggeber informiert, dass ihr Haupt- und Nebenangebot nicht berücksichtigt werden solle. Die Zuschlagserteilung beabsichtige er am 01.02.2024 auf das Angebot der Fa. aaa.

Als Grund für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass ein Ausschlussgrund nach § 16 Abs. 1 und § 16a VOB/A vor. Zur Erläuterung wurde angeführt, die Beschwerdeführerin habe im Bieterangaben-Verzeichnis für die Positionen 3.7.14, 4.8.32, 4.8.33 und 4.9.11 jeweils zwei Hersteller eingetragen. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A müsse ein Angebot zweifelsfrei sein und genau der in den Vergabeunterlagen zum Ausdruck kommenden Nachfrage des öffentlichen Auftraggebers entsprechen. Gebe der Bieter bei einem zwingend einzutragenden Erzeugnis mehr als einen Hersteller oder ein Produkt an, behalte er sich offen, was er letztlich anbieten wolle. Die Angabe mehrerer Hersteller für eine Position stelle einen ausschlussrelevanten Vergabeverstoß dar.

Mit Schreiben vom 31.01.2024 beanstandete die Beschwerdeführerin beim Auftraggeber das Vergabeverfahren. Der Ausschluss ihres Angebotes sei vergaberechtswidrig und verletze sie in ihren Rechten. Sie erkläre hiermit, dass alle Hersteller preisgleich und vom Produkt gleichwertig seien. Ein Preisvorteil sei somit nicht gegeben. In den Positionen 4.8.32, 4.8.33 und 4.9.11 habe der Auftraggeber im Langtext der Leistungsbeschreibung keinen Hersteller beschrieben. Somit sei die Forderung des Auftraggebers in der Leistungsbeschreibung nicht eindeutig. Letztlich habe der Auftraggeber nur die möglicherweise in Betracht kommenden Fabrikate abgefragt. Darauf habe sie dem Auftraggeber zwei gleichwertige Hersteller zu seiner Wahl angegeben.

In den Vorbemerkungen zur Ausschreibung und im Bieterangaben-Verzeichnis habe der Auftraggeber nicht ausgeschlossen, dass zwei Hersteller angegeben werden dürften. Eine Ausfüllanleitung oder einen besonderen Hinweis zu dem Bieterangaben-Verzeichnis hätten die Vergabeunterlagen nicht enthalten. Das Bieterangaben-Verzeichnis sei somit in Verbindung mit dem Leistungsverzeichnis nicht selbsterklärend.

Das Bieterangaben-Verzeichnis sei vom Auftraggeber mit drei leeren Zeilen für den Eintrag vorgegeben worden. Vom Platz her könnten in das Verzeichnis drei Hersteller eingetragen werden. Unter der Pos. 4.9.11 Mauerdurchführung habe der Auftraggeber sogar zwei (Hersteller/Typ Hersteller/Typ) gefordert. Warum fordere der Auftraggeber zwei Hersteller und schließe sie dann aus? Der Auftraggeber hätte sie in einem Bietergespräch oder durch eine schriftliche Aufforderung zur Aufklärung des Bieterangaben-Verzeichnis

auffordern müssen. Sie hätte sich dann auf ein Fabrikat festgelegt. Der

Auftraggeber sei somit seiner Nachprüfpflicht nicht nachgekommen. Nach der Rechtsprechung der VK Nordbayern, Beschluss vom 25.06.2014, 21 VK-3194-15/14 erlaube es die Aufklärung gemäß § 15 EG Abs. 3 VOB/A dem Auftraggeber, dem Bieter bei Mehrfachangaben eines Fabrikats Gelegenheit zu geben, das Fabrikat zu präzisieren und eindeutig zu benennen, das eingebaut werden solle, soweit alle Fabrikate die gestellten Anforderungen erfüllen würden. Nichts Anderes ergebe sich aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Verg 35/15, wonach ohne Aufklärung der

Ausschluss eines Angebotes unzulässig sei.

Mit Schreiben vom 06.02.2024 teilte der Auftraggeber der Beschwerdeführerin mit, dass er der Beanstandung nicht abhelfen könne. Zur Begründung führte er aus, dass ein Angebot zweifelsfrei sein müsse und genau der in den Vergabeunterlagen zum Ausdruck kommenden Nachfrage des öffentlichen Auftraggebers entsprechen müsse. Gebe ein Bieter bei einem einzutragenden Erzeugnis mehr als einen Hersteller an, behalte er sich offen, was er letztlich anbieten wolle. Vergaberechtlich sei das nicht zulässig. Die Angabe mehrerer Hersteller für eine LV-Position stelle einen Vergaberechtsverstoß dar.

Die Beschwerdeführerin habe im Bieterangaben-Verzeichnis zu den Ordnungszahlen 3.7.14, 4.8.32 und 4.8.33 sowie 4.9.11 jeweils mehr als einen Hersteller eingetragen. Mit der Mehrfachnennung behalte sie sich ein Wahlrecht vor, welches Produkt letztlich zum Einbau kommen solle. Das

Zustandekommen eines wirksamen Vertrages mit übereinstimmenden Willenserklärungen sei damit nicht mehr gewährleistet.

Zu den in der Beanstandung im Einzelnen vorgetragenen Sachverhalten führe er weiter aus:

1. Vorwurf fehlender Herstellerangaben im Langtext des Leitungsverzeichnisses

Nach der Vorschrift des § 7 Abs. 2 VOB/A sei er gehindert, in der Leistungsbeschreibung einen Hersteller zu beschreiben. Er habe deshalb die in den Leistungspositionen geforderten Produkte mit technischen Parametern beschrieben, um den Bieter in die Lage zu versetzen, nach der vorgegebenen technischen Spezifikation ein geeignetes Produkt eines Herstellers anbieten zu können. Im Übrigen sei die Vorgabe eines bestimmten Herstellers vergaberechtswidrig.

- 2. Vorbemerkung zur Ausschreibung: Vorwurf des fehlenden Ausschlusses der Möglichkeit, zwei Hersteller angeben zu können; fehlende Ausfüllanleitung Die Möglichkeit, in einem Leistungsverzeichnis vom Bieter mehr als eine Produkt- bzw. Herstellerangabe abzufordern, quasi ein Wahlrecht einzuräumen, widerspreche dem Erfordernis, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Sei eine solche Möglichkeit bereits per se nicht zulässig, bedürfe es auch nicht eines zusätzlichen Hinweises. Auch sei er der Auffassung, dass die Vergabeunterlagen so eindeutig und unmissverständlich gestaltet seien, dass es zur Erstellung des Angebots einer besonderen Ausfüllanleitung nicht bedürfe. Da er von der Beschwerdeführerin keine Mitteilung über Unklarheiten der Vergabeunterlagen erhalten habe, dürften folglich auch keine Unklarheiten bestanden haben.
- 3. Mehrere Zeilen für den Eintrag im Bieterangaben-Verzeichnis

Die Leerzeilen dienten einzig allein zum Eintrag des vom Bieter angebotenen Produkts bzw. Herstellers. Durch die vorgesehenen drei Zeilen ließen sich somit auch längere und umfangreichere Produktbezeichnungen eintragen. Bei der Ordnungszahl 4.9.11 sei, wie bei allen vorangegangenen Ordnungszahlen jeweils einmal der Hersteller bzw. Typ einzutragen gewesen. Die von der Beschwerdeführerin angeführte zweite Zeile betreffe die nächstfolgende Ordnungszahl, welche jedoch im standardisierten Formular nicht besetzt sei. Das Formular ende mit der Ordnungszahl 4.9.11.

4. Vorwurf unterbliebener Angebotsaufklärung

Umfang und Zulässigkeit der Angebotsaufklärung bestimme § 15 VOB/A. Bei der Ermittlung, ob Unterlagen nachgefordert werden dürften, sei gemäß § 16a Abs. 1 VOB/A zunächst zwischen unternehmensbezogenen und leistungsbezogenen Unterlagen zu differenzieren.

Leistungsbezogene Unterlagen seien solche, die die Wertung des Angebots beträfen, insbesondere die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung anhand der Zuschlagskriterien. Diese könnten nachgereicht oder vervollständigt werden, wenn sie fehlten oder unvollständig seien.

Unternehmensbezogen seien solche Unterlagen, die die Eignung des Bieters beträfen. Unternehmensbezogene Unterlagen könnten nachgereicht, vervollständigt oder korrigiert werden, wenn sie fehlten, unvollständig oder fehlerhaft seien.

Alleine aus dem Wortlaut ergebe sich bereits, dass eine Korrektur fehlerhafter Unterlagen nur den unternehmensbezogenen Unterlagen vorbehalten sei. Diese Regelung diene der Sicherstellung des Wettbewerbs- und Nichtdiskriminierungsgrundsatzes und sei nicht über seinen Wortlaut hinaus erweiternd auszulegen. Denn bei einer nachträglichen Korrektur leistungsbezogener Unterlagen ließe sich die Wettbewerbsstellung des Bieters manipulieren.

Bei dem Bieterangaben-Verzeichnis handele es sich um eine solche leistungsbezogene Unterlage, die unmittelbar Einfluss auf das Angebot habe. Sie sei nicht unvollständig, sondern fehlerhaft, eine Nachforderung damit ausgeschlossen. Er habe hier keinen Ermessensspielraum, weshalb eine Aufklärung, sei es in Form eines Bietergesprächs oder durch schriftliche Aufforderung, unterblieben sei. Das Angebot sei an dieser Stelle der Wertung zwingend auszuschließen gewesen.

Er könne nach Überprüfung der vorgetragenen Sachverhalte keine Wertungsoder Entscheidungsfehler feststellen. Eine Verletzung der Rechte durch Nichteinhaltung der Vergabevorschriften liege nicht vor.

Der Beanstandung könne er deshalb nicht abhelfen.

Mit Schreiben vom 09.02.2024 führte die Beschwerdeführerin gegenüber dem Auftraggeber aus, dass sie an der Beanstandung festhalte. Sie bitte um Nachprüfung durch die Nachprüfstelle. Sie beziehe sich auf die Entscheidung der VK Westfalen, Beschluss vom 25.10.2016, VK 1-36/16. Der Auftraggeber schreibe, dass im Bieterangaben-Verzeichnis unter der LV-Pos. 4.9.11 "Mauerdurchführung" nur einmal der Hersteller/Typ einzutragen sei. Das Bieterangaben-Verzeichnis sage aber, dass zwei Hersteller/Typ gefordert würden. Der zweite Eintrag Hersteller/Typ sei nicht zu der nachfolgenden Pos. 2.10.7 zuzuordnen, da unter dieser Position noch einmal ein Hersteller/Typ abgefordert worden sei.

Somit seien für die Pos. 4.9.11 eindeutig zwei Hersteller abgefordert worden. Wenn für die Pos. 4.9.11 zwei Hersteller/Typ gefordert würden, dann gehe sie davon aus, dass auch für die anderen Positionen im Bieterangaben-Verzeichnis zwei Hersteller/Typ angegeben werden könnten.

Der Auftraggeber hat der Beanstandung nicht abgeholfen. Mit Schreiben vom 13.02.2024 hat er der Vergabekammer die Vergabeakte übergeben.

Hinsichtlich des vollständigen Wortlautes der einzelnen Schriftsätze und der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeakte in Gestalt der bei der Vergabekammer vorliegenden Nachprüfungsakte Bezug genommen.

Die Vergabekammer Freistaat Thüringen beim Thüringer Landesverwaltungsamt ist gemäß § 19 Abs. 2 und 3 Thüringer Vergabegesetz a. F. (ThürVgG a. F.) vom 01.12.2019 (GVBI Nr. 1/2020 vom 31.01.2020, S. 29) i. V. m. § 17 Abs. 1 ThürVgG n. F. als Nachprüfungsbehörde zur Überprüfung des o. g. Vergabeverfahrens aufgrund der Beanstandung der Beschwerdeführerin zuständig.

Der Auftraggeber ist als öffentlicher Auftraggeber i. S. d. § 2 Abs. 1 und 2 ThürVgG a. F. gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ThürVgG a. F. i. V. m. § 17 Abs. 1 ThürVgG n. F. verpflichtet, bei der Vergabe von Bauleistungen die einschlägigen Vergabebestimmungen anzuwenden, die VOB/A und das ThürVgG in der Fassung vom 01.12.2019 – die Einleitung des Vergabeverfahrens erfolgte noch in 2023, aus diesem Grund ist die zum 01.01.2024 novellierte Fassung des ThürVgG hier noch nicht anzuwenden –, ebenso ist die Thüringer Verwaltungsvorschrift zur Vergabe öffentlicher Aufträge (ThürVVöA) vom 25.10.2021 zu beachten.

Die Beanstandung der Beschwerdeführerin ist zulässig und im Ergebnis begründet, da die Ausschreibung unter Verstoß gegen geltende Vergabebestimmungen durchgeführt wurde. Es liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 2 Abs. 2 VOB/A im Zusammenhang mit § 7 Abs. 1 VOB/A vor. Das Vergabeverfahren ist aus diesem Grund rechtswidrig.

Gemäß § 2 Abs. 2 VOB/A darf bei der Vergabe von Bauleistungen kein Unternehmen diskriminiert werden.

Dem Verbot der Diskriminierung von Unternehmen im vergaberechtlichen Wettbewerb dient auch die Bestimmung des § 7 Abs. 1 VOB/A, wonach der Auftraggeber verpflichtet ist, die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben ist, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.

Im vorliegenden Sachverhalt ist ein Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung von Unternehmen, die sich am Wettbewerb beteiligen, verwirklicht.

Nach der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots war die Angebotsabgabe auf zwei Wegen möglich. Angebote konnten elektronisch in Textform über die Vergabeplattform oder schriftlich in einem verschlossenen Umschlag an den Auftraggeber eingereicht werden.

Durch den Auftraggeber wurde mit den Vergabeunterlagen auch ein zweiseitiges Bieterangaben-Verzeichnis zur Verfügung gestellt. Dieses war jedoch ausweislich eines expliziten Hinweises am Ende jeder der beiden Seiten "*nur auszufüllen bei schriftlicher Angebotseinreichung mit Kurztext-LV".

Fraglich ist zunächst, ob das Bieterangaben-Verzeichnis überhaupt mit Angebotsabgabe vorzulegen war, da es zwar in der "Aufforderung zur Abgabe eines Angebots" (VHB FB 211), hier Buchstabe C-Anlagen, die soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind –, nicht aber im Angebotsschreiben (VHB FB 213) und im Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen (VHB FB 216), hier Ziffer 1 – Unterlagen, die <u>mit dem Angebot</u> abzugeben sind – explizit erwähnt wurde.

Die Vergabeunterlagen stehen somit im Widerspruch zu § 7 Abs. 1 VOB/A.

Offenkundig sind aber beide Verfahrensbeteiligte von der Geltung des Bieterangaben-Verzeichnis ausgegangen, weshalb die Vergabekammer im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens das durchgeführte Vergabeverfahren unter Berücksichtigung dieses Sachverhaltes bewertet.

In dem der Vergabekammer im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens übergebenen Blankett der Vergabeunterlagen ist eine Unterlage, in welcher bei elektronischer Angebotsabgabe Bietereintragungen angebotener Fabrikate vorgenommen werden mussten, nicht enthalten.

Ein Grund für die auftraggeberseitige Vorgabe, dass allein Bieter, welche ein schriftliches Angebot einreichen wollten, das Bieterangaben-Verzeichnis ausfüllen mussten und Bieter, die ein elektronisches Angebot einreichen wollten, dagegen nicht, ist für die Vergabekammer aus der vorgelegten Vergabeakte nicht erkennbar.

Das den Unternehmen zur Angebotsabgabe zur Verfügung gestellte elektronische Lang-LV des Auftraggebers enthält in bestimmten Positionen, die auch in dem bei schriftlicher Angebotsabgabe zu verwendenden Bieterangaben-Verzeichnis aufgelistet sind, Fabrikatsvorgaben mit den Zusätzen "od. gleichwertig", "oder glw." bzw. "oder gleichwertig". Zudem enthält es Positionen, die im Bieterangaben-Verzeichnis aufgelistet sind, die aber keine Fabrikatsvorgaben enthalten. Leerzeilen für bieterseitige Eintragungen sind an keiner Stelle des elektronischen Lang-LV vorhanden.

Ob die Fabrikatsvorgaben in den betreffenden Positionen im Einklang mit der Bestimmung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A – Voraussetzung ist hier eine nicht hinreichend genaue und allgemein verständliche Beschreibbarkeit der Leistung – vorgenommen wurden, wird durch die Vergabekammer zwar angezweifelt, die Frage bedarf jedoch keiner Erörterung, da kein Bieter im Vorfeld der Angebotsabgabe beim Auftraggeber eine Korrektur der

Vergabeunterlagen (siehe Ziffer 1 der Teilnahmebedingungen (VHB FB 212) erbeten hat.

In der Folge wurde von der Beschwerdeführerin, der Fa. aaa und auch von der Fa. ccc in ihrem elektronischen Angebot das Lang-LV, versehen mit den Angebotspreisen, eingereicht.

Die Angebote enthielten durch die Verwendung des vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Lang-LV damit in Positionen, in denen bei einer schriftlichen Angebotsabgabe im Bieterangaben-Verzeichnis Fabrikatsangaben gefordert waren, mangels entsprechender Leerzeilen keine Eintragungen und damit keine Fabrikatsangaben der Bieter.

Die Diskriminierung von Unternehmen im vergaberechtlichen Wettbewerb ergibt sich hier bereits aus der Tatsache, dass Bieter, die ein schriftliches Angebot einreichen wollten, sich im einzureichenden Bieterangaben-Verzeichnis bereits mit Angebotsabgabe auf konkrete Fabrikate festlegen mussten, ein elektronisches Angebot abgebende Bieter dagegen nicht. Diese mussten, da durch den Auftraggeber ein ausfüllbares elektronisches Leistungsverzeichnis nicht zur Verfügung gestellt wurde, soweit sie den Hinweis auf dem Bieterangaben-Verzeichnis beachtet haben, zunächst mit Angebotsabgabe noch keine Fabrikatsangaben machen, sondern erst auf Anforderung des Auftraggebers nach Angebotsabgabe.

Dass zwei Bieter, die Beschwerdeführerin und die Fa. ccc, bereits mit Angebotsabgabe auf dem bei elektronischer Angebotsabgabe nicht zu nutzenden Bieterangaben-Verzeichnis dennoch Fabrikatsangaben gemacht haben, lässt bei ihnen eine falsche Deutung des Bieterangaben-Verzeichnis erahnen.

Dem Auftraggeber musste der Inhalt seiner Vergabeunterlagen bewusst sein. Dennoch ist er selbst nicht von der eingeschränkten Anwendbarkeit des Bieterangaben-Verzeichnis ausgegangen, da er die Fa. aaa nach deren Abgabe eines elektronischen Angebots mit dem gleichen Formular des Bieterangaben-Verzeichnis aufforderte, nachträglich die geforderten Fabrikatsangaben einzureichen.

Im vorliegenden Sachverhalt ist im Ergebnis ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 2 Abs. 2 VOB/A, welches sich aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz ableitet, verwirklicht. Aus den genannten Gründen war die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens festzustellen.

Im Weiteren ist zudem Folgendes festzustellen:

Mit der elektronischen Abgabe der Angebote durch alle drei Bieter wurden in den Positionen, in denen durch den Auftraggeber Leitfabrikate mit den Zusätzen "od. gleichwertig", "oder glw." bzw. "oder gleichwertig" vorgegeben waren, aufgrund der offensichtlich automatischen Übernahme in die Angebote der Bieter nunmehr die Leitfabrikate einschließlich der Zusätze "od. gleichwertig", "oder glw." bzw. "oder gleichwertig" inhaltlich zum Angebotsbestandteil der Angebote der Bieter.

Auf die Frage, ob die offensichtlich automatische Übernahme der Angaben des Lang-LV in die Angebote auf ein technisches Problem der Auftraggeberseite zurückzuführen ist oder durch die Bieter aktiv veranlasst wurde, kommt es nicht an. Mit Angebotsabgabe sind die im elektronischen Angebot gemachten Angaben zum allein den Bietern zuzurechnenden Angebotsinhalt geworden, bekundet auch durch die Eintragung des Firmennamens in die entsprechende Datei am jeweiligen Seitenende.

Damit haben die Bieter in den betreffenden Positionen zwei Fabrikate angeboten, das Leitfabrikat und ein alternatives Fabrikat. Die Angebote kommen daher aufgrund der inhaltlichen Unbestimmtheit des tatsächlichen Angebotsinhaltes für eine Wertung nicht in Betracht (hierzu VK Bund, Beschl. v. 16.05.2023, VK 2-28/23 (nicht bestandskräftig), OLG Koblenz, Beschl. v. 06.06.2013, 2 U 522/12). Denn ein Angebot, welches eine Fabrikatsangabe mit dem Zusatz "oder gleichwertig" enthält, ist unbestimmt und daher vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Bei Annahme eines solchen alternative Angaben enthaltenden Angebotes durch Zuschlagserteilung wäre es im Rahmen der Ausführung in das Belieben des Bieters gestellt, das ausgeschriebene Leitfabrikat oder ein vermeintlich gleichwertiges Fabrikat, welches vom Auftraggeber vorab nicht beurteilt werden kann, zu liefern und einzubauen.

Dass die Bieter, entweder mit dem Angebot (Beschwerdeführerin, Fa. ccc) oder auf Nachforderung (Fa. aaa) das ausgefüllte Bieterangaben-Verzeichnis mit Benennung angebotener Fabrikate vorgelegt haben, kann nicht zu einer anderen Betrachtung führen.

Die Vorlage des Bieterangaben-Verzeichnis mit dem Angebot durch die Beschwerdeführerin und die Fa. ccc führt in deren Angeboten nicht zu einer Klarstellung. Durch die Angaben in den betreffenden Positionen im Lang-LV mit den Zusätzen "od. gleichwertig", "oder glw." bzw. "oder gleichwertig" und den zusätzlichen Angaben im Bierangaben-Verzeichnis wird die Widersprüchlichkeit des Angebotsinhaltes nicht aufgehoben. Die enthaltenen Zusätze "od. gleichwertig", "oder glw." bzw. "oder gleichwertig", aus deren Verwendung sich die Unbestimmtheit des Angebotsinhaltes ergibt, können im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtschau des Angebotsinhaltes bei der

Prüfung der Angebote nicht einfach hinweggedacht werden, sondern sind wie alle Angaben der Bieter zwingend zu berücksichtigen und vergaberechtlich zu würdigen.

Eine nach Angebotsabgabe vorgenommene Nachforderung von Angaben zur Ermittlung des wahren Willens des Bieters im Sinne einer Aufklärung des Angebotsinhaltes, welches Fabrikat tatsächlich Bestandteil des Angebotes sein sollte, hier bei der Fa. aaa, kommt unter Berücksichtigung des in § 15 Abs. 3 VOB/A normierten Verhandlungsverbotes nicht in Betracht.

Dass die Beschwerdeführerin ihrerseits im Bieterangaben-Verzeichnis, zu dessen Einreichung sie aufgrund ihrer elektronischen Angebotsabgabe nicht verpflichtet war, in vier Positionen jeweils zwei Fabrikate angeboten hat, stellt einen ebenso zum Angebotsausschluss führenden Vergabeverstoß dar (VK Südbayern, Beschl. v. 16.07.2007, Z3-3-3194-1-28-06/07, VK Sachsen, Beschl. v. 02.04.20215, 1/SVK/006-15).

Aus den genannten Gründen war das Vergabeverfahren des Auftraggebers als rechtswidrig zu beanstanden und dieser, soweit die Vergabeabsicht fortbesteht, zu verpflichten, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots zurückzuversetzen und dieses unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.

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

Der Auftraggeber hat daher seine Maßnahmen zur Umsetzung der Entscheidung der Vergabekammer durch die Übersendung der entsprechenden Unterlagen bis zum 15.03.2024 nachzuweisen.

Es wird darauf hingewiesen, dass von dem Auftraggeber gemäß § 19 Abs. 5 ThürVgG a. F. die Kosten der Amtshandlung der Nachprüfungsbehörde erhoben werden, weil er das Vergabeverfahren fehlerhaft durchgeführt hat und dieses daher zu beanstanden war. Der Auftraggeber ist jedoch gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwKostG persönlich gebührenbefreit.

Die Beschwerdeführerin erhält einen Abdruck dieses Schreibens.

Den Erhalt dieses Schreibens bitten wir mit dem beiliegenden Empfangsbekenntnis per Fax zu bestätigen.

Dr. Denise Hoyer Vorsitzende VK