



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. Bestehen Zweifel daran, wie ein Angebot zu verstehen ist, weil dieses zwei sich widersprechende Aussagen enthält, bedarf es zunächst einer Auslegung.
2. In diesem Zusammenhang kommt es darauf an, wie der öffentliche Auftraggeber das Angebot in dem Streitgegenständlichen Punkt bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu verstehen hatte. Anders ausgedrückt: Zu ermitteln ist nicht der subjektive innere Wille des Bieters, sondern der objektive Erklärungswert.
3. Führt diese Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis und bleiben deshalb Zweifel, ob das Angebot den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspricht, ist das Angebot auszuschließen.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen

VK 1 - 07/17

der XXXX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen die

Stadt XXXX

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte:

Beigeladene:

XXXX

Verfahrensbevollmächtigte:



hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 03.04.2017 durch den stellvertretenden Vorsitzenden Gaidies, die hauptamtliche Beisitzerin Düssler und den ehrenamtlichen Beisitzer Russo

am 7. April 2017 beschlossen:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei Fortbestand ihrer Vergabeabsicht die Wertung der Angebote zu Los 1 unter Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf XXXX,- € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Kosten des Verfahrens werden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen als Gesamtschuldner auferlegt, wobei die Antragsgegnerin von den Gebühren befreit ist. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung jeweils zur Hälfte.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb die streitgegenständlichen Entsorgungsdienstleistungen EU-weit im offenen Verfahren aus. Die Veröffentlichung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 09.11.2016. Die Auftragsvergabe war aufgeteilt in drei Lose, wobei sich der vorliegende Nachprüfungsantrag auf das Los 1 beschränkt. Gegenstand des Loses 1 sind die Sammlung und der Transport von verschiedenen Abfallfraktionen (Restabfall, Bioabfall, Altpapier) inkl. Behältergestaltung. Die Vertragslaufzeit war mit 01.01.2018 bis 31.12.2023, mit einmaliger Verlängerungsoption um ein weiteres Jahr, angegeben.

Die interessierten Unternehmen waren aufgefordert, ihr Angebot bis zum 14.12.2016 (Ablauf der Angebotsfrist) einzureichen. Die Vergabeunterlagen standen ausschließlich elektronisch als Download zur Verfügung.

Gemäß der Leistungsbeschreibung ist der im Gebiet der Antragsgegnerin gesammelte Abfall vom Auftragnehmer zu vorgegebenen Anlieferstellen zu transportieren. In diesem Zusammenhang ist der Auftragnehmer verpflichtet, die Abfälle direkt dorthin anzuliefern. Wörtlich heißt es in der Leistungsbeschreibung unter 2.1.6 (Allgemeine Regelungen zum Abfuhrbetrieb):

"Die Nutzung von eigenen Umschlagstellen durch den Auftragnehmer ist nicht zulässig."

Gemäß der "Bewerbungs- und Angebotsbedingungen" (2.1.6) sind Nebenangebote nicht zugelassen.



Die Antragstellerin beteiligte sich fristgerecht am Vergabeverfahren mit ihrem Angebot insbesondere zu Los 1. Auch die Beigeladene reichte ein Angebot ein. Darin findet sich insbesondere folgender Abschnitt:

"Inhaltliche Beschreibung der angebotenen Leistungen für LOS 1

1. Beschreibung der Organisation der Sammlung von Restabfall, Bioabfall und Altpapier

[...] Der Abfuhrbetrieb entspricht den allgemeinen Regelungen gem. 2.1.6 der Leistungsbeschreibung. Restmüll wird in unserer Umschlaganlage an der [...] -Straße in [...] umgeladen und zu der vorgegebenen Verwertungsanlage transportiert.

Bioabfall und Altpapier werden ebenfalls an der [...] -Straße in [...] umgeschlagen und zu den vorgegebenen Verwertungsanlagen transportiert."

Die Antragsgegnerin führt in ihrem Vergabevermerk ("Vergabevorschlag") aus:

"6.3 Prüfung der Angemessenheit der Angebotspreise [...]"

Der Bieter [**Beigeladene**] hat in Los 1 das preislich bestplatzierte Angebot gelegt. Der Abstand des Bieters [**Beigeladene**] zum Angebot des preislich zweitplatzierten Bieters beträgt [**über 20**] %. Damit weicht der Angebotspreis des Bieters [**Beigeladene**] deutlich vom Angebotspreis des zweitplatzierten Bieters ab. Der Preis des Bestbieters liegt jedoch noch im Rahmen branchenüblicher Marktpreise für diese Leistungen. Zudem erbringt der Bieter bereits als derzeitiger Auftragnehmer die Leistungen, so dass insbesondere im Bereich der Behältergestaltung nachvollziehbare Kalkulationsvorteile gegeben sind. Somit handelt es sich trotz des preislichen Abstands zum zweitplatzierten Bieter im Los 1 nicht um einen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis. Eine detaillierte Auskömmlichkeitsprüfung des Angebots des Bieters [**Beigeladene**] war in Los 1 somit nicht erforderlich. Es ist auch nicht zu erwarten, dass der Bieter aufgrund der Beauftragung in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät oder die Leistung in Los 1 nicht ordnungsgemäß ausführen kann."¹

Die Antragstellerin landete mit ihrem Angebot zu Los 1 auf dem zweiten Rangplatz.

Mit Schreiben vom 17.02.2017 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie beschlossen habe, den Zuschlag in Los 1 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Als Grund nannte sie, dass die Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Mit Schreiben vom 21.02.2017 rügte die Antragstellerin mit näherer Begründung die Nichtberücksichtigung ihres Angebots zu Los 1 und die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen.

Mit Schreiben an die Beigeladene vom 22.02.2017 nahm die Antragsgegnerin Bezug auf diese Rüge und bat um Klarstellung der unklaren Angaben in der inhaltlichen Be-

¹ Die in Klammern (fett und kursiv) eingefügten Angaben im zitierten Vermerk sind solche der Vergabekammer.



schreibung des Angebotes zu Los 1. Die Beigeladene antwortete am darauf folgenden Tag:

"dass wir bereits im Rahmen eines Telefongesprächs [...] am 03. Januar 2017 bestätigt haben, dass wir die Abfuhrorganisation gem. den allgemeinen Regelungen zum Abfuhrbetrieb (2.1.6) der Leistungsbeschreibung durchführen werden. Dieses haben wir auch in unserem Angebot herausgestellt.

Durch die Übernahme von textlichen Bausteinen aus anderen Ausschreibungen ist versehentlich ein falscher Textbaustein in die Leistungsbeschreibung übernommen worden.

In unserem Angebot haben wir ausdrücklich auf die Einhaltung der Regelungen zu 2.1.6 der allgemeinen Regelungen zum Abfuhrbetrieb verwiesen."

Unter dem 23.02.2017 wies die Antragsgegnerin die Rüge der Antragstellerin zurück. Mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag verfolgt die Antragstellerin ihr Vorbringen weiter.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass das Angebot der Beigeladenen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen sei, da dieses unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen vornehme. Denn indem die Beigeladene erkläre, den eingesammelten Abfall in ihrer Anlage umzuschlagen, habe sie inhaltlich etwas anderes angeboten als in den Vergabeunterlagen verlangt worden wäre. Eine Auslegung des Angebotes der Beigeladenen habe nur eingeschränkt zu erfolgen, wenn die Erklärung des Bieters offensichtlich bzw. eindeutig sei und damit keinen Raum für auslegungsbedürftige Zweifel lasse. Dies entspreche auch dem Grundsatz, dass der Wortlaut der Erklärung auch die Grenze einer Auslegung darstelle. Über den Wortlaut hinaus könne keine Auslegung erfolgen, unabhängig davon, warum – absichtlich oder irrtümlich – das Angebot des Bieters von den Vergabeunterlagen abweiche. Denn letztlich sei es nicht Aufgabe einer Auslegung, Irrtümer beim Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses bzw. bei der Erstellung eines Angebotes zu korrigieren.

Ferner meint die Antragstellerin, das Vorgehen der Antragsgegnerin, sich bei der Beigeladenen bestätigen zu lassen, diese wolle die Abfälle trotz des eindeutigen und nicht auslegungsbedürftigen Wortlautes nicht umschlagen, sei nicht angezeigt gewesen. Durch die nachfolgende Erklärung habe die Beigeladene ihre vorstehende Erklärung konkretisiert. Durch die Spezifizierung des Ablaufs erkläre sie, dass sie sich an die entgegenstehende Aussage in der Leistungsbeschreibung unter Ziffer 2.1.6 nicht gebunden fühle. Damit werde auch nicht die Erklärung als solche aufgehoben, da Ziffer 2.1.6 viele Anforderungen an den Auftragnehmer stelle. Diesen nicht widersprochenen Anforderungen möchte die Beigeladene auch Folge leisten, jedoch indem sie eine individuelle Erklärung bezüglich der Nutzung der eigenen Umschlaganlage abgegeben habe, habe diese Vorrang vor der allgemeinen Erklärung. In solchen Fällen stellten Aufklärungsgespräche des Auftraggebers mit dem Ziel, Änderungen an den Vergabeunterlagen zu korrigieren, eine unzulässige Nachverhandlung im Sinne des § 15 Abs. 5 VgV dar.



Die Antragstellerin behauptet weiter, dass nach ihrer Marktkennntnis die Beigeladene – mit Wissen der Antragsgegnerin – bereits aktuell Abfälle der Antragsgegnerin in ihrer Anlage umschlage. Dies erfolge, obwohl auch in der alten Ausschreibung ein Umschlag laut Leistungsbeschreibung nicht zugelassen sei.

Daneben ist die Antragstellerin der Auffassung, dass aufgrund der Tatsache, dass der Preisabstand zwischen dem Angebot der Beigeladenen und dem nächstplatzierten Angebot der Antragstellerin über 20 % betrage, eine Aufklärung verpflichtend gewesen sei. Der Antragsgegnerin käme aufgrund des erheblichen Preisabstandes kein Ermessen bezüglich der Entscheidung, ob eine Preisprüfung durchzuführen sei, zu. Darüber hinaus sei das Ermessen auch noch fehlerhaft ausgeübt worden. Unter Bezugnahme auf ihren externen Berater, welcher über langjährige Berufserfahrung verfüge, und einer von ihm erstellten Liste mit vergleichbaren Entsorgungsaufträgen trägt die Antragstellerin vor, dass sich die Behauptung der Antragsgegnerin, dass die Angebotspreise der Beigeladenen branchenüblich seien, großen Zweifeln ausgesetzt sähe.

Es könne ferner dahinstehen, dass sich das Angebot der Beigeladenen im Rahmen der Auftragswertschätzung der Antragsgegnerin befinde, denn jedenfalls seien die Kosten bezüglich der Behältergestellung nicht methodisch ermittelt worden. Der Unterschied zwischen den alternativen Kostenpositionen "Behälterbeschaffung" bzw. "Behälterreinigung" sei nicht so groß, als das dieser einen derart hohen Preisabstand erklären könne. Insbesondere da zusätzlich zu den Kosten der Reinigung, bei der Nutzung gebrauchter Abfallbehälter auch die erhöhte Ausfallquote einzupreisen gewesen sei.

Folglich sei das Angebot der Beigeladenen aufgrund eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises gemäß § 60 Abs. 3 VgV auszuschließen gewesen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Wertung der Angebote für das Los 1 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechte der Antragstellerin zu wahren,
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten hat,
5. festzustellen, dass für die Antragstellerin die Hinzuziehung der Bevollmächtigten notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.



2. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin auferlegt.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerin ist der Meinung, dass kein zwingender Ausschlussgrund gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vorliege. Die Beigeladene habe im Rahmen der mit der Angebotsabgabe vorzulegenden Beschreibung der Organisation der Sammlung von Restabfall, Bioabfall und Altpapier ausdrücklich erklärt, dass ihr Abfuhrbetrieb den allgemeinen Regelungen gemäß 2.1.6 der Leistungsbeschreibung entspreche. Soweit die weiteren Ausführungen der Beigeladenen Zweifel daran aufkommen gelassen hätten, ob die von ihr eingesammelten Abfallfraktionen vor dem Transport zu den vorgesehenen Verwertungsanlagen umgeladen bzw. umgeschlagen würden, habe die Antragsgegnerin dies nicht zum Anlass nehmen müssen, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen.

Schließlich dürfe der öffentliche Auftraggeber gemäß § 15 Abs. 5 S. 1 VgV von den Bietern eine Aufklärung über das Angebot oder deren Eignung verlangen. Aufgrund der missverständlichen inhaltlichen Beschreibung der angebotenen Leistung im Angebot der Beigeladenen hätten Zweifel am objektiven Erklärungswert des Angebots bestanden. Die Antragsgegnerin sei deshalb berechtigt gewesen, diesen objektiven Erklärungswert beim Bieter zu ermitteln, um eine ordnungsgemäße Wertung des Angebotes durch nachzureichende Angaben bzw. Unterlagen zu ermöglichen. Dies entspreche auch dem Sinn und Zweck der vom Normgeber vorgesehenen Aufklärung. Es sei auch erforderlich gewesen, denn die Zweifel hätten nicht anders als über eine Aufklärung bei der Beigeladenen ausgeräumt werden können.

Die Antragsgegnerin habe diese Aufklärung auch in einer vergaberechtlich nicht zu beanstandenden Art und Weise durchgeführt. So habe sie sich – erst telefonisch und nach Einreichung der Rüge schriftlich – an die Beigeladene gewandt und um Klarstellung des Angebotsinhalts gebeten. Die Beigeladene habe dann einschränkend bestätigt, dass sie die Vorgaben von Ziffer 2.1.6 im Rahmen der Leistungsausführung beachten werde. Im Rahmen der Aufklärung seien auch keine unzulässigen Verhandlungen über den Angebotsinhalt geführt worden, sondern es seien lediglich die erforderlichen Informationen eingeholt worden, um den objektiven Erklärungswert des Angebotes ermitteln zu können. Das Angebot der Beigeladenen sei nunmehr also im Lichte ihrer Erklärung vom 23.02.2017 auszulegen.

Darüber hinaus ist die Antragsgegnerin der Auffassung, es läge kein Verstoß gegen die Vorschrift des § 60 VgV vor, da deren Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Es sei festzustellen, dass die von den Bietern vorgelegten Angebotspreise aufgrund der im Vorfeld der Ausschreibung äußerst differenziert vorgenommenen Preisabfrage, die auch Grundlage der Auftragswertschätzung gewesen sei, als angemessen und auskömmlich anzusehen seien. So habe die die Antragsgegnerin im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens begleitende Unternehmensberatung die seinerzeitige Auftragswertschätzung auf Grundlage von Ergebnissen aktueller, von diesem Büro be-



gleiteter Ausschreibungsverfahren sowie üblicher Kalkulationsansätze unter Berücksichtigung des für die Stadt zu erbringenden Leistungsumfangs vorgenommen. Anhand dieser Auftragswertschätzung, namentlich mit Blick auf die in Ansatz gebrachten Behälterkosten bei Neubehältern oder Einsatz von gebrauchten Behältern, die auch die Behälterreinigungen und den Bestandspflegeaufwand berücksichtigten, seien die Preisdifferenzen unter Berücksichtigung des Angebots der Beigeladenen, welches sich innerhalb dieser Ansätze bewege, ohne weitere Aufklärung bereits sachlich erklärbar. Im Übrigen sei anzumerken, dass es bei der Feststellung der Auskömmlichkeit nicht auf die einzelnen Preisansätze ankomme, sondern auf den Gesamtpreis.

Die Vergabekammer hat die Beiladung am 02.03.2017 beschlossen.

Die Beigeladene beantragt

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen auferlegt.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Die Beigeladene behauptet, der Satz in ihrem Angebot, dass die verschiedenen Abfallfraktionen zunächst in ihrer eigenen Anlage umgeschlagen würden, sei nur versehentlich in die inhaltliche Beschreibung der angebotenen Leistungen übernommen worden. Es handele sich um die fehlerhafte Verwendung eines Textbausteins und nicht um eine Erklärung der Beigeladenen mit Rechtsbindungswillen. Sie habe sich versehentlich eines ungekürzten Textbausteins aus ihrem Angebot für eine vergangene Ausschreibung bedient. Dieser versehentlich übernommene Satz sei unbeachtlich. Auch das OVG Münster habe erst jüngst entschieden, dass Schreibfehler unbeachtlich seien.

Weiter ist die Beigeladene der Ansicht, selbst wenn man dem streitigen Satz einen eigenen Erklärungswert zumessen wolle, so stelle er immer noch keine Änderung oder Ergänzung der Vergabeunterlagen im Sinne von § 57 Abs. 1 Nr. 4 GWB dar. Eine dann gebotene Auslegung ihres Angebots ergebe eindeutig, dass die Beigeladene gerade keine Änderung der Vergabeunterlagen vorgenommen habe. Sie habe durch ihre Aussage, ihr Angebot entspreche den Anforderungen der Ziff. 2.1.6 schon mit dem Angebot unmissverständlich klargestellt, es sei kein eigener Umschlag beabsichtigt. Darüber hinaus bestehe im konkreten Fall nicht das Risiko, dass die Antragsgegnerin eine andere Leistung erhalte, als von ihr ausgeschrieben, da selbst bei etwaigen Widersprüchen oder Unklarheiten die vertraglichen Bedingungen inklusive Anlagen vorgingen.

Schließlich ist die Beigeladene der Auffassung, dass kein Anlass zu einer Prüfung nach § 60 VgV bestanden habe. Selbst bei einem Überschreiten einer etwaigen



Schwelle von 20 Prozent hinsichtlich des preislichen Abstands zwischen den Angeboten der Beigeladenen und der Antragstellerin sei dann noch keine Angemessenheitsprüfung veranlasst, wenn sich der Angebotspreis des Bestbietenden im Rahmen der Angebote aus vergleichbaren Vergabeverfahren oder sonst erfahrungsgemäß verlangter Preise bewege. Dies sei hier der Fall gewesen. Im Übrigen seien die Behauptungen der Antragstellerin völlig unsubstantiiert.

Der stellvertretende Vorsitzende hat die Frist gem. § 167 Abs. 1 GWB bis zum 14.04.2017 verlängert. Am 03.04.2017 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

In der mündlichen Verhandlung hat die Beigeladene einen Antrag auf Akteneinsicht in das Angebot der Antragstellerin zu Los 1 gestellt, den sie mit Schriftsatz vom 04.04.2017 näher begründet. Sie begehrt demnach die Offenlegung der inhaltlichen Beschreibung der angebotenen Leistung der Antragstellerin zu Los 1 (Angebotsenteil II). Die Beigeladene meint, aufgrund der Ausführungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung sei davon auszugehen, dass Aussagen der Antragstellerin in ihrem Angebot geeignet seien, dessen Ausschluss nach § 53 Abs. 7 S. 1 VgV i. V. m. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV herbeizuführen. In diesem Fall entfielen die Antragsbefugnis der Antragstellerin. Die beantragte Akteneinsicht diene der Klärung dieser Rechtsfrage. Die erkennende Kammer sei somit verpflichtet, entweder dem Akteneinsichts Antrag zu entsprechen oder sie müsse von Amts wegen das Angebot der Antragstellerin einer Detailprüfung unterziehen.

Aufgrund des nicht nachgelassenen Schriftsatzes der Beigeladenen ist die die Antragsgegnerin telefonisch am 4.4.2017 von der Vergabekammer nochmals aufgefordert worden, die Anhaltspunkte hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin im Detail darzulegen. Die Antragsgegnerin hat sich trotz Nachfrage dazu nicht mehr geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer Westfalen ist zuständig gemäß § 106 GWB, § 2 Abs. 2 ZuStVO NpV NRW. Der geschätzte Auftragswert beträgt schon allein hinsichtlich Los 1 ca. XXXX Euro netto für die gesamte Vertragslaufzeit und übersteigt damit den festgelegten Schwellenwert für Dienstleistungen – auch Versorgungsdienstleistungen – von 209.000,- Euro. Des Weiteren hat die Antragsgegnerin ihren Sitz in XXXX und damit im räumlichen Bezirk der Vergabekammer Westfalen.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Die Antragstellerin ist antragsbefugt und hat die Vergaberechtsverstöße rechtzeitig gerügt.



1.1 Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Absatz 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, § 160 Abs. 2 S. 1 GWB. Unternehmen haben nämlich grundsätzlich Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden, § 97 Abs. 6 GWB. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, § 160 Abs. 2 S. 2 GWB.

Die Antragstellerin hat ihr Auftragsinteresse durch Abgabe eines Angebotes ausreichend dokumentiert. Darüber hinaus droht ihr möglicherweise durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen ein Schaden zu entstehen. In diesem Zusammenhang macht die Antragstellerin geltend, dass wegen der von ihr behaupteten Vergaberechtsverstöße der Antragsgegnerin ein Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen nicht erteilt werden dürfe und deshalb ihre eigenen Aussichten auf den Zuschlag verschlechtert seien.

1.2 Die Antragsbefugnis fehlt auch nicht deshalb, weil – so die Behauptung der Beigeladenen – das Angebot der Antragstellerin zu Los 1 möglicherweise nicht den Vorgaben der Vergabeunterlagen entspreche und deshalb auszuschließen sei. Eine solche Abweichung, insbesondere in der inhaltlichen Beschreibung der angebotenen Leistung zu Los 1 (Angebotsteil II), konnte von der Kammer in der von Amts wegen vorgenommenen Prüfung nicht festgestellt werden.

Weder die von der Antragstellerin beschriebene Organisation zur Sammlung, die Beschreibung der einzusetzenden Fahrzeuge, noch die Beschreibung der zu stellenden Behälter und deren Verteilung weichen von den Forderungen der Antragsgegnerin ab. So bewegt sich insbesondere die beabsichtigte Sammlung der Abfälle innerhalb der vorgegebenen Abfahrzeiten und die einzusetzenden Fahrzeuge und Behälter erfüllen jeweils die vorgegebenen Euro-Normen.

Im Ergebnis geht deshalb der Antrag der Beigeladenen auf Akteneinsicht ins Leere und wird deshalb zurückgewiesen.

Im Übrigen ist es Aufgabe der Antragsgegnerin, – bei Fortbestand ihrer Vergabeabsicht und Wiederholung der Wertung der Angebote zu Los 1 – mögliche Ausschlussgründe hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin zu prüfen.

1.3 Des Weiteren hat die Antragstellerin die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen mit Schreiben vom 21.02.2017 ordnungsgemäß gerügt.

2. Begründetheit

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Es liegt ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen vor und die Antragstellerin ist dadurch in ihren Rechten verletzt, vgl. §§ 97 Abs. 6, 168 Abs. 1 GWB.

2.1 Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen



Die Beigeladene hat zu Los 1 ein Angebot abgegeben, das inhaltlich von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung abweicht und damit wegen einer unzulässigen Änderung an den Vergabeunterlagen von der Wertung auszuschließen ist.

2.1.1 Gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV werden Angebote von Unternehmen von der Wertung ausgeschlossen, die nicht den Erfordernissen des § 53 VgV genügen, insbesondere Angebote, bei denen Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind.

Die Beigeladene gibt in ihrem Angebot zu Los 1 an, dass sowohl Restmüll als auch Bioabfall und Altpapier zunächst in ihrer Umschlaganlage umgeladen und anschließend zu der vorgegebenen Verwertungsanlage transportiert werden. In diesem Punkt weicht das Angebot der Beigeladenen von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu Los 1 ab, welche die Nutzung von eigenen Umschlagstellen durch den Auftragnehmer für nicht zulässig erklären.

2.1.2. Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht der Umstand, dass die Beigeladene in ihrem Angebot parallel erklärt hat, dass ihr Abfuhrbetrieb den allgemeinen Regelungen gemäß 2.1.6 der Leistungsbeschreibung entspricht.

Vorliegend geht es um die Frage, wie das Angebot der Beigeladenen zu verstehen war und wie es die Antragsgegnerin tatsächlich verstanden hat. Mit den beiden genannten Angaben liegen zwei sich widersprechende Aussagen im Angebot der Beigeladenen vor, die zumindest Zweifel hinsichtlich des Inhalts der Willenserklärung der Beigeladenen aufkommen lassen.

2.1.3 Das Angebot der Beigeladenen ist auszulegen (vgl. §§ 133, 157 BGB), weil die Verfahrensbeteiligten über dessen Verständnis streiten.

Das OLG Düsseldorf führt in seinem Beschluss vom 14.10.2009 (Verg 9/09 m. w. N.) eine Entscheidung des BGH (Urt. v. 26.10.1983 - IVa ZR 80/82) an, die sich mit der Bedeutung des übereinstimmenden Willens der Beteiligten für das Rechtsgeschäft trotz möglicherweise entgegenstehendem Wortlaut einer Willenserklärung beschäftigt. Wörtlich heißt es:

Wird der tatsächliche Wille des Erklärenden bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bewiesen oder sogar zugestanden und hat der andere Teil sie ebenfalls in diesem Sinn verstanden, dann bestimmt dieser Wille den Inhalt des Rechtsgeschäfts, ohne dass es auf Weiteres ankommt. Denn der wirkliche Wille geht, wenn alle Beteiligten die Erklärung **übereinstimmend** in eben diesem Sinne verstanden haben, nicht nur dem Wortlaut, sondern jeder anderweitigen Interpretation vor.

Gelingt es dagegen nicht festzustellen, was der Erklärende wirklich gewollt und dass der Empfänger die Erklärung in diesem Sinne verstanden hat, dann kommt es in einer weiteren Stufe des Auslegungsvorganges darauf an, wie der Empfänger der empfangsbedürftigen Willenserklärung diese bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu verstehen hatte [...].

Weiter erläutert das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung (a. a. O.):



Nicht bei der Frage, wie der Erklärungsempfänger (hier der öffentliche Auftraggeber) die Willenserklärung (das Angebot) nach den Umständen zu verstehen hatte, aber **bei der Feststellung**, wie er sie tatsächlich verstanden hat, dürfen und müssen auch spätere Vorgänge, insbesondere das nachträgliche Verhalten oder Erklärungen des Bieters insoweit berücksichtigt werden, als sie Rückschlüsse auf seinen tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers zulassen können [...].

Selbst wenn die Beigeladene von Anfang an ein Angebot abgeben wollte, das keinen Umschlag in ihrer eigenen Anlage vorsieht, fehlt es hier jedoch an dem Umstand, dass alle Beteiligten – auch die Antragsgegnerin – diese Erklärung übereinstimmend in eben diesem Sinne verstanden haben. Dies hat die Antragsgegnerin hinreichend deutlich gemacht mit ihrer Aussage, sie habe Zweifel am objektiven Erklärungswert gehabt und deshalb die Aufklärung betrieben.

Unabhängig von der Frage, ob die zuvor zitierte - grundsätzlich auf rein zivilrechtliche Streitigkeiten bezogene - Rechtsprechung des BGH (a. a. O.) überhaupt eins zu eins auf vergaberechtliche Verfahren Anwendung finden kann oder einer Modifizierung insbesondere wegen des Wettbewerbs bedarf, ist somit vorliegend der objektive Empfängerhorizont maßgeblich.

Im Übrigen betrifft die Entscheidung des OLG Düsseldorf einen anderen Sachverhalt, in dem es gerade nicht um den hier maßgeblichen Umstand zwei sich widersprechender Angaben im selben Bieterangebot ging.

2.1.4. Es kommt folglich darauf an, wie die Antragsgegnerin das Angebot der Beigeladenen in dem streitgegenständlichen Punkt bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu verstehen hatte. Anders ausgedrückt: Zu ermitteln ist nicht der subjektive innere Wille der Beigeladenen, sondern der objektive Erklärungswert (so auch OLG München, Beschl. v. 17.09.2007, Verg 10/07).

Allerdings ist bei der Auslegung von Angeboten als Mittel zur Behebung ihnen anhaftender Fehler oder Unvollständigkeiten [...] Zurückhaltung geboten, da Sinn und Zweck der vergaberechtlichen Ausschlussgründe auf dahingehende Vorgaben des Auftraggebers darin liegen, mehr Transparenz in einem zügigen und für den Auftraggeber leicht zu handhabenden Vergabeverfahren zu schaffen, in dem die Gleichbehandlung der Bieter sichergestellt ist. Ohnedies kann ein transparentes, die Gleichbehandlung der Bieter respektierendes Vergabeverfahren nur erreicht werden, wenn in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebender Hinsicht grundsätzlich ohne weiteres vergleichbare Angebote abgegeben werden [...]. Eine Auslegung des Angebots ist jedoch nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern ist vom Auftraggeber als Mittel der Wahl anzuwenden, wenn sie aus dem Angebot selbst heraus unschwer möglich ist und zu einem unzweifelhaften Ergebnis führt. Ein genereller und ausnahmsloser Ausschluss jeder Auslegung wäre weder mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot noch mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung in Einklang zu bringen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.06.2010, VII-Verg 5/10, m. w. N.).

Objektiv hat das Angebot der Beigeladenen nicht den (geforderten) Erklärungswert, dass die Nutzung von eigenen Umschlagstellen nicht vorgesehen ist. Im Gegenteil, das Angebot beinhaltet ausdrücklich – wenn auch versehentlich – auch die Aussage,



dass zunächst ein solcher Umschlag der verschiedenen Abfallfraktionen in der eigenen Anlage beabsichtigt sei. Damit ist das Angebot in sich schon widersprüchlich und entspricht nicht der Leistungsbeschreibung. Wenn die Antragsgegnerin nunmehr auf das vorgelegte Angebot den Zuschlag erteilt, würden sich die Willenserklärungen der Antragsgegnerin (gemäß Leistungsbeschreibung) sowie der Beigeladenen nicht decken.

Auch andere Umstände führen zu keinem anderen Ergebnis, insbesondere nicht der Hinweis auf die Erklärung im Angebot der Beigeladenen, der Abfuhrbetrieb entspreche den allgemeinen Regelungen gem. 2.1.6 der Leistungsbeschreibung. Zutreffend ist, dass sich unter 2.1.6 der Leistungsbeschreibung auch die Vorgabe befindet, dass die Nutzung von eigenen Umschlagstellen durch den Auftragnehmer nicht zulässig sei. Andererseits befinden sich unter 2.1.6 der Leistungsbeschreibung verschiedene weitere Vorgaben, beispielsweise zeitliche Vorgaben hinsichtlich der Sammlung der verschiedenen Abfälle oder Fahrzeugvorgaben. Damit könnte das Angebot der Beigeladenen in diesem Punkt bei objektiver Würdigung dahingehend verstanden werden, dass sich diese weitestgehend an die allgemeinen Regelungen zum Abfuhrbetrieb hält, allerdings mit Ausnahme der Nutzung ihrer eigenen Umschlagstelle. Letztlich bliebe diese Frage aber unbeantwortet. Erteilte die Antragsgegnerin schließlich den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen, könnte es bei Durchführung des Vertrages zu Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich dieses Punktes kommen.

Im Vergabeverfahren sind eindeutige Produktangaben in einem Angebot wörtlich zu nehmen, auch wenn dieses Produkt den im Leistungsverzeichnis formulierten Anforderungen nicht gerecht wird. Dieser Umstand erlaubt nämlich nicht zwingend den Umkehrschluss, dass dieses System nicht hätte angeboten werden sollen.

Es wäre zirkulär, im Vergabeverfahren zur Auslegung eines Angebots die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses heranzuziehen und auf diese Weise Irrtümer beim Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses zu korrigieren. Angesichts der Vielzahl der möglichen Irrtümer kann weder ausgeschlossen werden, dass der Anbietende das Angebotene tatsächlich anbieten wollte, noch ermittelt werden, was er ggf. stattdessen hätte anbieten wollen. [...]

Es gibt keinen Erfahrungssatz dahin, dass der Bieter stets das vom Ausschreibenden Nachgefragte anbieten will [...], auch wenn ihm redliche und interessengerechte Absichten zu unterstellen sind. Vielmehr kann es Gründe für eine Abweichung des Angebots von den Anforderungen geben, und sei es, dass die Anforderungen übersehen worden sind oder irrtümlich angenommen worden ist, sie würden erfüllt (OLG Schleswig, Beschl. v. 11.05.2016, 54 Verg 3/16).

2.1.5 Die jüngste Rechtsprechung des OVG Münster (Beschl. v. 10.01.2017, Az. 8 A 2710/13) führt zu keinem anderen Ergebnis. Das OVG Münster hat entschieden, dass nach § 118 Abs. 1 VwGO Schreibfehler, Rechenfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten in verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen jederzeit vom Gericht zu berichtigen sind. Abgesehen davon, dass § 118 Abs. 1 VwGO ausdrücklich für Urteile und über § 122 Abs. 1 VwGO für Beschlüsse gilt, und nicht die Angebote von Bietern in Vergabeverfahren erfasst, liegt hier schon keine offenbare Unrichtigkeit vor.



Eine Unrichtigkeit im Sinne der Vorschrift liegt vor, wenn der Ausspruch des Gerichts nicht mit dem Gewollten übereinstimmt. Das ist entweder der Fall, wenn etwas anderes als das Gewollte ausgesagt wird oder die Aussage unvollständig geblieben ist. Eine (einem Schreib- oder Rechenfehler ähnliche) Unrichtigkeit ist "offenbar", wenn zweifelsfrei und augenfällig erkennbar ist, dass dem Gericht bei der Umsetzung der getroffenen Entscheidung ein Fehler oder Versehen unterlaufen ist und in welche Richtung der Fehler korrigiert werden muss. Die Unrichtigkeit kann sich aus der Entscheidung selbst oder aus sonstigen, insbesondere für die Beteiligten erkennbaren Umständen wie dem Sitzungsprotokoll oder den Verfahrensakten ergeben (OVG Münster, a. a. O.).

Dass die Beigeladene einen zuvor in einem anderen Vergabeverfahren verwendeten Textbaustein nur versehentlich in ihr vorliegendes Angebot eingefügt hat, also das "Ausgesprochene" nicht mit dem "Gewollten" übereinstimmte, war für den Leser des Angebotes gerade nicht zweifelsfrei und augenfällig erkennbar. Es entsteht durchaus der Eindruck, die Beigeladene wolle sich an die Vorgaben der Nr. 2.1.6 der Leistungsbeschreibung halten mit Ausnahme des beabsichtigten Umschlags in ihrer eigenen Anlage. Zudem ist nicht erkennbar und damit nicht "offenbar", in welche Richtung der Fehler zu korrigieren ist. Möchte die Beigeladene umschlagen und damit in diesem Punkt eine Änderung an den Vergabeunterlagen vornehmen oder sich vollständig an die Vorgaben der Leistungsbeschreibung halten? Erst nach Ende der Angebotsfrist und aufgrund der Rüge der Antragstellerin äußert sich die Beigeladene auf Nachfrage der Antragsgegnerin dahingehend, dass versehentlich ein falscher Textbaustein in das Angebot aufgenommen worden sei. Die Voraussetzungen gemäß § 118 Abs. 1 VwGO liegen somit nicht vor.

Schließlich geht auch die von der Beigeladenen angeführte Entscheidung der VK Bund (Beschl. v. 04.03.2016, VK 1 - 4/16) davon aus, aus der Gesamtschau der Umstände im Einzelfall müsse sich - und zwar: zweifelsfrei - ergeben, dass ein Schreibfehler vorliegt.

2.1.6 Auch § 15 Abs. 5 S. 1 VgV steht dem nicht entgegen. Danach darf der öffentliche Auftraggeber von den Bietern nur Aufklärung über das Angebot oder deren Eignung verlangen. Hingegen sind Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, unzulässig. Die Angebote der Bieter können Unklarheiten enthalten, die eine Vergleichbarkeit der Angebote untereinander erschwert. Diese unklare Situation darf allerdings von beiden Seiten nicht dazu missbraucht werden, ein ursprünglich nicht ausreichendes Angebot doch noch annahmefähig zu machen (vgl. Zeise in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 15 Rn. 26). Insbesondere ist dem Auftraggeber untersagt, im Wege von Verhandlungen mit dem Bieter irrtümliche Angaben oder sonstige Fehler zu beseitigen (vgl. VK Sachsen, Beschl. v. 07.01.2008, 1/SVK/077-07; OLG München, Beschl. v. 17.09.2007, Verg 10/07). Angebotsinhalte, die mehrdeutig bzw. objektiv widersprüchlich sind, werden auch in einer Aufklärungsverhandlung nicht objektiv eindeutig (vgl. Zeise in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 15 Rn. 42 m. w. N.).

Genau diese Situation ist hier gegeben. Nach eigener Einlassung der Beigeladenen habe sich diese versehentlich eines ungekürzten Textbausteins aus ihrem Angebot für eine andere Ausschreibung bedient. Damit fallen das von ihr objektiv Erklärte und



subjektiv Gewollte auseinander. Die (nachträgliche) schriftliche Auskunft der Beigeladenen gegenüber der Antragsgegnerin, die Abfuhrorganisation gemäß den allgemeinen Regelungen zum Abfuhrbetrieb (2.1.6) der Leistungsbeschreibung durchzuführen, ist vergaberechtlich unbeachtlich. Das ursprüngliche Angebot der Beigeladenen müsste nämlich nach Maßgabe ihrer schriftlichen Auskunft nachträglich dahingehend geändert werden, dass der versehentlich eingefügte Textbaustein herausgestrichen würde. Darin liegt nicht bloß eine zulässige Aufklärung im Sinne des § 15 Abs. 5 S. 1 VgV, sondern vielmehr eine unzulässige Änderung des Angebotes im Sinne des Satzes 2.

Infolgedessen ist das Angebot der Beigeladenen von der Wertung auszuschließen.

2.2 Verstoß gegen die Bestimmungen des § 60 VgV

Auf die Beantwortung der Frage, ob vorliegend die Antragsgegnerin gegen die Bestimmungen des § 60 VgV verstoßen hat und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist, kommt es deshalb nicht mehr an.

2.3 Subjektive Rechtsverletzung der Antragstellerin

Die Antragstellerin ist auch in ihren Rechten verletzt (vgl. § 168 Abs. 1 GWB), da sie mit ihrem Angebot zu Los 1 hinter der Beigeladenen auf dem 2. Rangplatz liegt.

IV.

Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben (§ 182 Abs. 1 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen (§ 182 Abs. 3 GWB). Die Gebühr beträgt mindestens 2.500 Euro und soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten (§ 182 Abs. 2 GWB).

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert zu Los 1 in Höhe von ca. XXXX Euro netto für die gesamte Vertragslaufzeit beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder XXXX,- Euro.

Die Antragsgegnerin unterliegt im vorliegenden Verfahren, so dass diese grundsätzlich die Kosten zu tragen hat. Da sich auch die Beigeladene durch schriftsätzlichen und mündlichen Vortrag aktiv und umfangreich am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, entspricht es der Billigkeit (vgl. § 182 Abs. 3 S. 5 GWB), diese an der Kostentragung zu beteiligen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2014, Verg 41/13).

Die Kosten sind gemäß § 182 Abs. 3 Satz 2 GWB von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen als Gesamtschuldner zu tragen, wobei die Antragsgegnerin als Gemeinde gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG i. d. F. vom 15.08.2013 von den Gebühren befreit ist. Die Vergabekammer wird deshalb lediglich von der Beigeladenen die Kosten einfordern, wobei diese auf die Hälfte des Betrages in Höhe von XXXX,- € festgesetzt werden.



Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners gemäß § 182 Abs. 4 GWB zu tragen. Hier war die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin jeweils zur Hälfte.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die sofortige Beschwerde entscheidet ausschließlich das Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Gaidies

Düssler