

Vergabekammer Freistaat Thüringen

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren, §§ 155 ff. GWB,
aufgrund des Antrages vom 11.05.2022 der XXX, XXX ./ Freistaat Thüringen, vertreten
durch das Landesamt für Bau und Verkehr, betreffend das Vergabeverfahren „Neubau Uni-
versitätscampus XXX - Vergabeverfahren Elektrotechnische Anlagen, KKE 0440.06 Stark-
stromtechnik inkl. Beleuchtung TO4“

Verfahrensbeteiligte:

XXX

- Antragstellerin -
(AST)

Verfahrensbevollmächtigte: XXX

gegen

Freistaat Thüringen
vertr. durch das Thüringer Landesamt für Bau und Verkehr
XXX

- Auftraggeber -
(AG)

beigeladen:

XXX

- Beigeladene -
(BEI)

hat die Vergabekammer Freistaat Thüringen, in der Besetzung mit

Herrn Regierungsdirektor Scheid als Vorsitzendem,
Herrn Oberregierungsrat Gers als hauptamtlichem Beisitzer und
Herrn Rusche als ehrenamtlichem Beisitzer,

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 02.06.2022 am 03.06.2022 beschlossen:

- 1. Es wird festgestellt, dass das vom Antragsgegner durchgeführte Vergabeverfahren rechtswidrig ist und die Antragstellerin hierdurch in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften nach § 97 Absatz 6 GWB verletzt worden ist.**
- 2. Der Antragsgegner wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und es von diesem Zeitpunkt an unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.**

3. Der Antragsgegner hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.
4. Die Hinzuziehung von anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten für das Nachprüfungsverfahren durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
5. Die Beigeladene hat die ihr im Nachprüfungsverfahren ggf. entstandenen Aufwendungen selbst zu tragen.
6. Gebühren und Auslagen werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Der AG hat im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 11.02.2022 (ABl./ S. 108, 73345-2022-DE), geändert im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 16.02.2022 (ABl./ S. 33, 83757-2022-DE), den Bauauftrag zur Herstellung der in Nr. II.2.4) näher beschriebenen elektrotechnischen Anlagen -KKE 0440.06 Starkstromtechnik inklusive Beleuchtung TO4- im Rahmen eines offenen Verfahrens europaweit ausgeschrieben. Die Herstellung dieser Anlagen erfolgt im Rahmen des Neubaus des Universitätscampus der XXX und soll in der Zeit vom 07.06.2022 bis 11.09.2023 erfolgen. Die Bieter hatten ihre Angebote bis zum 24.03.2022 einzureichen.

Nach den LV-Positionen 2.1.390, 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 hat der Leistungsumfang unter anderem jeweils

Schutzwandler 10P10 2000/5 Klasse 1

*Hersteller: Dehn
Typ: DehnShort
(oder gleichwertig)*

*Hersteller:
(vom Bieter angeboten)
Typ:
(vom Bieter angeboten)*

umfasst.

Der AG hat den Bietern am 15.03.2022 auf eine Bieteranfrage der BEI vom 14.03.2022 mitgeteilt, dass die Bieter nunmehr in der LV-Position 2.1.390 Schutzwandler 10P10 4000:5, in der LV-Position 2.2.360 Schutzwandler 10P10 4000:5, in der LV-Position 2.4.400 Schutzwandler 10P10 1500:5, in der LV-Position 2.5.400 Schutzwandler 10P10 1500:5 und in der LV-Position 2.6.350 Schutzwandler 10P10 3000:5 anzubieten haben. Der AG hat die Bieter darum gebeten, dies bei der Abgabe ihrer Angebote zu beachten. Er hat ihnen weiter mitgeteilt, dass die Angebotsfrist bestehen bleibe und die erfolgte Mitteilung Bestandteil der Vergabeunterlagen werde.

Der AG hat die Bieter zusätzlich mittels des Formblatts 211 zur Abgabe eines Angebots bis zum 24.03.2022 aufgefordert. Die Aufforderung der Bieter zur Abgabe eines Angebots hat nicht vorgesehen, dass das Formblatt 225 (Stoffpreisgleitklausel) Vertragsbestandteil werden soll.

Die AST hat am 23.03.2022 fristgerecht ein Angebot beim AG eingereicht. Sie hat in der LV-Position 2.1.390 des von ihr bepreisten Leistungsverzeichnisses unter anderem Schutzwandler 10P10 2000/5 Klasse 1 vom

Hersteller: Legrand
Typ: multimes
F144-2-LED-ESMSET-2R01DO-US1-5

und in den LV-Positionen 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 des von ihr bepreisten Leistungsverzeichnisses unter anderem jeweils Schutzwandler 10P10 2000/5 Klasse 1 vom

Hersteller: Legrand
Typ: TAPX50D200

angeboten.

Die Vergabekammer entnimmt der Bezeichnung *multimes* und den LV-Positionen 2.1.330, 2.2.300, 2.3.330, 2.4.330, 2.5.330, 2.6.280, 2.7.300 und 2.8.310 des von der AST bepreisten Leistungsverzeichnisses, dass die in der LV-Position 2.1.390 des von der AST bepreisten Leistungsverzeichnisses verwendete Typenbezeichnung

multimes
F144-2-LED-ESMSET-2R01DO-US1-5

einem elektronischen Universalnetzmessgerät des Herstellers KBR zuzuordnen ist.

Ausweislich der Vergabeakte des AG haben neben der AST fünf weitere Bieter fristgerecht Angebote beim AG eingereicht, unter anderem auch die BEI. Das Angebot der AST war das preislich günstigste Angebot.

Die in der LV-Position 2.1.390 von der AST abweichend benannte Typenbezeichnung für die von ihr angebotenen Schutzwandler des Herstellers Legrand hat den AG am 01.04.2022 veranlasst, von der AST die Vorlage der Produktdatenblätter zu den in den LV-Positionen 2.1.390, 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 angebotenen Schutzwandlern bis zum 06.04.2022 zu verlangen.

Die AST hat dem AG am 06.04.2022 mitgeteilt, dass die von ihr in den LV-Positionen 2.1.390, 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 angebotenen Schutzwandler Wandler der Firma Legrand, jetzt der Firma IME Legrand, seien. Leider habe sich zu Beginn in der LV-Position 2.1.390 bei der letzten von zehn Eintragung ein Kopier-/Übertragungsfehler eingeschlichen. Die Bezeichnung dort solle gemäß der LV-Position 2.2.360 und dem beigefügten Datenblatt TAPX50D200, jetzt TAX, lauten. Die LV-Positionen 2.1.390 und 2.2.360 hätten beide den gleichen Einheitspreis und seien preislich richtig bewertet worden.

Nach erfolgter Angebotswertung hat der AG am 02.05.2022 die AST gemäß § 134 GWB darüber informiert, ihr Angebot nicht berücksichtigen zu wollen, und er beabsichtige, den Zuschlag am 13.05.2022 auf das Angebot der BEI erteilen zu wollen. Der AG hat zur Begründung mitgeteilt, dass das Angebot der AST von der Wertung ausgeschlossen werde, da es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen erfülle. Die in der LV-Position 2.1.390 angegebene Typenbezeichnung *multimes F144-2-LED-ESMSET-2R01DO-US1-5* gehöre zu einem Multimesgerät des Herstellers KBR und entspreche nicht einem Schutzwandler, wie im Positionstext gefordert.

Die AST hat am 04.05.2022 den ihr am 02.05.2022 mitgeteilten Ausschluss ihres Angebotes gegenüber dem AG gerügt. Sie hat zur Begründung ihrer Rüge mitgeteilt, dass der AG den Text in der LV-Position 2.1.390 fehlerhaft beschrieben habe. Die betreffende LV-Position enthalte eine Auflistung über drei Seiten und erfordere zwölf Eintragungen, die der Bieter befüllen müsse. Ein Teil der Leitfabrikate werde dabei falsch beschrieben. So gebe es beispielsweise keine Schutzwandler der Firma Dehn, Dehnshort. Dies erschwere eine korrekte Eintragung seitens des Bieters und sei wohl auch der Grund, dass es bei dieser ersten von mehreren gleichen Positionen zu dieser Eintragung gekommen sei. Die AST habe dies in ihrem Schreiben vom 06.04.2022 richtig gestellt und unter Verweis auf die LV-Position

2.2.360 das Legrand-Produkt bestätigt. Von einem Fehler der AST könne hier nicht gesprochen werden, da die AST hier keine korrekte Fabrikatsvorgabe durch den AG erhalten habe und somit auch keine den Vorgaben entsprechende Eintragung habe machen können. Ein fehlerhaftes und widersprüchlich angelegtes Leistungsverzeichnis, speziell in der LV-Position 2.1.390, könne dem Bieter nicht zu seinem Nachteil ausgelegt werden. Unstimmigkeiten seien stets zu Lasten des Verursachers -hier des AG- und nicht zu Lasten des Bieters auszulegen. Die LV-Position 2.1.390 widerspreche auch den Grundprinzipien der VOB/A, GWB und VgV hinsichtlich einer produktneutralen Ausschreibung. Die AST sehe darin eine Diskriminierung ihres Unternehmens sowie anderer Wirtschaftsteilnehmer. Die LV-Position 2.1.390 verstoße zudem gegen § 7 Absätze 1 und 2 der VOB/A-EU. Die AST rügt daher den Ausschluss ihres Angebots aus dem Vergabeverfahren als rechtsfehlerhaft und vergaberechtswidrig. Sie hat den AG abschließend aufgefordert, den Zuschlag an sie unverzüglich, spätestens aber bis zum 06.05.2022 zu erteilen. Sie hat hilfsweise gefordert, das Vergabeverfahren aufzuheben.

Der AG hat am 06.05.2022 die Rüge der AST vom 04.05.2022 zurückgewiesen. Er hat zur Begründung ausgeführt, dass die AST in der LV-Position 2.1.390 als Produktangabe für den Schutzwandler den Hersteller *Legrand* und den Typ *F144-2-LED-ESMSET-2R01DO-US1-5* eingetragen und angeboten habe. Der von der AST angegebene Typ beinhalte aber keinen Schutzwandler, sondern ein Multimesegerät der Firma KBR. Aufgrund der Feststellung einer nicht zum geforderten Produkt/Leistung passenden Angabe sei die AST durch den AG um Aufklärung (Anforderung Datenblatt) gebeten worden. Die AST habe am 06.04.2022 die Typenbezeichnung des Schutzwandlers in der LV-Position 2.1.390 geändert und nunmehr mit TAPX50D200 angegeben. Sie habe dies mit einem Kopier-/Übertragungsfehler begründet. Aufgrund der inkorrekten Typenangabe (kein Schutzwandler) im Originalangebot sowie der am 06.04.2022 erfolgten Änderung der Bieterangaben und damit des Angebots sei das Angebot der AST aus formalen Gründen von der weiteren Wertung ausgeschlossen worden. Die AST sei nicht in ihren Rechten auf Gleichbehandlung im Wettbewerb verletzt worden. Sie werde nicht diskriminiert. Der AG könne daher der Rüge der AST vom 04.05.2022 nicht abhelfen.

Die AST hat am 11.05.2022 durch ihre anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten ihre Rüge vom 04.05.2022 aufrechterhalten. Sie halte den Ausschluss ihres Angebots von der Wertung nach wie vor für nicht gerechtfertigt. Es liege ein offensichtlicher Übertragungsfehler der AST vor, den der AG aufklären musste. Die AST habe am 10.05.2022 ihre Verfahrensbevollmächtigten mit der Prüfung des Vergabeverfahrens beauftragt. Diese hätten nach cursorischer Durchsicht der Vergabeunterlagen feststellen können, dass die Vergabeunterlagen entgegen der aktuell geltenden Vorgaben keine Preisgleitklausel enthalten und damit der AST ein ungewöhnliches Wagnis auferlegen würden. Die AST rügt dies und fordert den AG auf, die Vergabeunterlagen entsprechend zu überarbeiten und das Vergabeverfahren in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen. Das Fehlen einer Preisgleitklausel verstoße gegen § 7 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A-EU. Nach dieser Bestimmung dürfe dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse aufgebürdet werden, auf die er keinen Einfluss habe und die sich auf seine Preiskalkulation und Fristen auswirken könnten. Das Vorliegen eines ungewöhnlichen Wagnisses bestimme sich danach, welche Risiken ein Auftragnehmer üblicherweise in der jeweils betroffenen Branche zu tragen habe. Gingen diese über die Üblichkeit und Erkennbarkeit hinaus, seien die Auswirkungen für den Bieter nicht abzuschätzen, und machten die Umstände und Ereignisse eine kaufmännische, vernünftige Kalkulation des Angebotspreises für den Bieter unzumutbar, sei von einem Verstoß gegen § 7 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A-EU auszugehen. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung stelle eine Verletzung einer dem Schutz des Bieters dienenden Vorschrift dar. Vorliegend sei von einem ungewöhnlichen Wagnis deshalb auszugehen, da in den Vergabeunterlagen bis jetzt keine Preisgleitklausel vorgesehen sei, obwohl nach dem Rundschreiben des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen *Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs* vom 25.03.2022, der auch vom AG umgesetzt worden sei, die Voraussetzungen für die Vereinbarung einer solchen vorlägen. In dem Rundschreiben werde auf die Voraussetzung Nr. 2.1 a) der Richtlinie zum

Formblatt 225 verwiesen und diese als erfüllt angesehen. Hier heiÙe es, dass eine Preisgleitklausel bei Bauverträgen vorzusehen sei, wenn Stoffe ihrer Eigenart nach Preisveränderungen in besonderem Maße ausgesetzt seien und ein nicht kalkulierbares Preisrisiko für diese Stoffe zu erwarten sei. Das nicht kalkulierbare Preisrisiko folge aus den Kriegsereignissen in der Ukraine und den in der Folge verhängten weltweiten Sanktionen gegen Russland. Dadurch seien die Preise vieler Baustoffe extrem gestiegen, da rund 30 Prozent des Baustahls aus Russland, der Ukraine und Weißrussland stammten. Hinzu komme der hohe Anteil Roheisen (40 Prozent) aus diesen Ländern und diverser weiterer Rohstoffe, die für die Stahllegierung notwendig seien (Nickel 25 Prozent und Titan 75 Prozent). Auch rund 30 Prozent der hiesigen Bitumenversorgung erfolgten in Abhängigkeit von Russland, mit entsprechenden Auswirkungen auf den deutschen Straßenbau. Zudem seien die Kosten für Energie und Kraftstoffe erheblich gestiegen. Ohne Preisgleitklausel läge das wirtschaftliche Risiko für die rasanten Preisanstiege alleine beim Bieter, ohne dass der AG an den Mehrkosten beteiligt werde. Auf den Ursprung des wirtschaftlichen Risikos *Ukraine-Krieg und Russlandsanktionen* habe der Bieter aber gerade keinen Einfluss und ein solch außergewöhnliches Ereignis sei auch nicht vorhersehbar gewesen. Darüber hinaus lieÙen sich die weitere Entwicklung des Kriegs und die möglichen Folgen, insbesondere weitere Sanktionen auf dem Rohstoffmarkt, nicht einschätzen, weshalb eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation ohne Preisgleitklausel für den Bieter aktuell und auch weiterhin nicht zumutbar sei. Die AST hat den AG abschließend aufgefordert, der Rüge bis 11.05.2022, 13:00 Uhr, abzuhelpen oder zu versichern, dass die Erteilung des Zuschlags frühestens am dritten Werktag nach Übersendung seiner Antwort auf die Rüge der AST erfolgen wird.

Der AG hat auf die Rüge der AST vom 11.05.2022 nicht fristgerecht reagiert. Die AST hat daraufhin noch am selben Tag einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt. Sie hat im Einzelnen beantragt,

1. ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß den §§ 160 ff. GWB gegen den AG einzuleiten,
2. der AST gemäß § 165 Absatz 1 GWB die Einsichtnahme in die Vergabeakte des AG zu gestatten,
3. festzustellen, dass der Ausschluss des Angebots der AST vergaberechtswidrig ist,
4. hilfsweise dem AG aufzugeben, das Vergabeverfahren zum Zeitpunkt vor Angebotsabgabe zurückzusetzen,
5. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechte der AST zu wahren,
6. dem AG die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der AST aufzuerlegen und
7. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der AST notwendig war.

Die AST hat zur Begründung ihres Nachprüfungsantrags ihren Rügevortrag vom 04.05.2022 und 11.05.2022 wiederholt und vertieft. Sie hat dabei ergänzend die Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags näher dargelegt und insbesondere ausgeführt, dass sie ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Absatz 3 Satz 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig nachgekommen sei und fristgemäß sämtliche Verstöße gegen Vergabevorschriften gerügt habe. Sie habe wegen der aktuellen Entwicklung im Zusammenhang mit dem Krieg in der Ukraine den Vergaberechtsverstoß hinsichtlich der fehlenden Preisgleitklausel ohne fachanwaltliche Beratung nicht erkennen können. Der maßgebliche Ministerialerlass sei auch erst nach Ende der Angebotsfrist vom Bund veröffentlicht und erst entsprechend später durch den AG umgesetzt worden. Die daraus folgenden rechtlichen Implikationen für das Vergabeverfahren habe auch ein Bieter, der sich regelmäßig an Ausschreibungen beteilige, nicht erkennen können. Diese Rüge sei daher rechtzeitig erfolgt. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Der Ausschluss der AST aus

dem Vergabeverfahren sei vergaberechtswidrig. Der AG hätte das Ergebnis der Aufklärung berücksichtigen müssen. Die Aufklärung habe nicht zu einer unzulässigen Änderung des Angebots geführt. Es treffe zwar zu, dass grundsätzlich nur Angebote gewertet werden dürften, die vollständige und widerspruchsfreie Angaben enthalten. Der Grund hierfür sei die Vermeidung von Manipulationen. Der Bieter hätte es sonst in der Hand, die Wertbarkeit seines Angebots je nach Lage des Ausschreibungsverfahrens herzustellen. Eine Ausnahme gelte jedoch für offensichtliche Fehler. Sinn des Vergabeverfahrens sei es nämlich, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen und ein solches Angebot nicht an formalistischen Gesichtspunkten scheitern zu lassen. Daher bestehe grundsätzlich eine Verpflichtung des AG zur Aufklärung, bevor ein Angebot wegen Widersprüchlichkeit ausgeschlossen werde. Dem betroffenen Bieter sei Gelegenheit zu geben, solche Fehler nachvollziehbar auszuräumen. Angebote dürften daher in einzelnen Punkten berichtigt oder ergänzt werden, wenn es sich nur um eine offensichtlich gebotene bloße Klarstellung oder um eine Behebung offensichtlicher sachlicher Fehler handele. Vorliegend sei der Angebotsinhalt durch die Erläuterung der AST im Rahmen der Aufklärung lediglich klargestellt worden. Dabei seien keine neuen, kalkulationsrelevanten Werte eingeführt worden. Die falsch eingetragene Typenbezeichnung habe zweifelsfrei und ohne Manipulationsgefahr mit der an anderer Stelle richtig eingetragenen Bezeichnung korrigiert werden können. Die Aufklärung verstoße daher nicht gegen das Verhandlungsverbot des § 15 Absatz 5 Satz 2 VgV, da keine Änderung des ursprünglichen Angebotsgesamtpreises oder der ihn bildenden Faktoren vorgenommen worden sei. Außerdem werde der AST durch die fehlende Stoffpreisgleitklausel ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet. Dies verstoße gegen die bieterschützende Bestimmung des § 7 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A-EU. Der auch in Thüringen eingeführte Erlass des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen *Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs* vom 25.03.2022 gebiete die Einführung einer Stoffpreisgleitklausel. Dies sei vorliegend nicht erfolgt. Das Vergabeverfahren sei daher in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen, um eine Stoffpreisgleitklausel einbeziehen und ggf. Ausführungsfristen verlängern zu können.

Die Vergabekammer hat dem AG am 11.05.2022 den Nachprüfungsantrag der AST übersendet und diesen um Vorlage der Vergabeakte bis zum 16.05.2022 sowie um Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag bis zum 18.05.2022 gebeten.

Die AST hat auf Anforderung der Vergabekammer vom 11.05.2022 einen Kostenvorschuss für das Nachprüfungsverfahren in Höhe der Mindestgebühr von 2.500,00 € entrichtet.

Der AG hat der Vergabekammer am 13.05.2022 die Vergabeakte zur Verfügung gestellt.

Die Vergabekammer hat der AST am 17.05.2022 Einsicht in die Vergabeakte des AG gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren, indem sie ihr die zur Akteneinsicht eröffneten Aktenbestandteile in Kopie übersendet hat.

Die Vergabekammer hat die BEI am 18./19.05.2022 gemäß § 162 GWB zum Verfahren beigeladen.

Der AG hat am 18.05.2022 Stellung zum Nachprüfungsantrag der AST genommen. Er hat dabei im Einzelnen beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag als unbegründet zu verwerfen,
2. der AST Akteneinsicht nur in eingeschränktem Umfang zu gewähren,
3. der AST die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des AG aufzuerlegen und
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die AST nicht notwendig gewesen ist.

Der AG hat zur Begründung der von ihm beantragten Zurückweisung des Nachprüfungsantrags ausgeführt, dass die AST im parallelen Vergabeverfahren 0202/22-B-EO-51 am 05.04.2022 im Rahmen einer Bieteranfrage aufgrund der aktuellen Preisentwicklung um die Ergänzung der Vergabeunterlagen um das Formblatt 225 VHB (Stoffpreisgleitklausel) und Zusendung dieses Formblatts gebeten habe. Der AG hat ihr daraufhin in diesem Verfahren am 06.04.2022 mitgeteilt, dass in diesem Verfahren bereits am 31.03.2022 die Angebotsöffnung stattgefunden habe. Die AST habe in einem weiteren parallelen Vergabeverfahren 0299/22-B-EO-51 am 05.04.2022 die gleiche Bieteranfrage gestellt. In diesem Verfahren sei die Angebotsabgabefrist noch nicht abgelaufen gewesen. Der AG habe die AST am 06.04.2022 um kurzfristige Information gebeten, wie die Nachricht der AST im Vergabeverfahren 0202/22-B-EO-51 zu verstehen sei. Eine weitere Stellungnahme zur Anfrage des AG sei nicht erfolgt. Der AG habe aber am 12.04.2022 im Vergabeverfahren 0299/22-B-EO-51 aufgrund der Bieteranfrage der AST vom 05.04.2022 das Formblatt 225 VHB als zusätzliche Ausschreibungs-/Vergabeunterlage sowie den Hinweis zur Wirkungsweise der Stoffpreisgleitklausel übersendet. Die AST sei ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Absatz 3 Satz 1 Nr. 1 GWB hinsichtlich des geltend gemachten Verstoßes bezüglich des fehlenden Formblatts 225 VHB zur Stoffpreisgleitklausel nicht rechtzeitig nachgekommen. Sie habe die Rüge vom 11.05.2022 nicht innerhalb von zehn Kalendertagen nach Kenntniserlangung gegenüber dem AG gerügt. Eine Rügeobliegenheit liege vor, wenn der Antragsteller eine positive Kenntnis nicht lediglich von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen, sondern aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung zugleich die positive Vorstellung von einem Verstoß gegen Vergabevorschriften gewonnen habe. Die AST habe bereits am 05.04.2022 Kenntnis vom Rundschreiben des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen vom 25.03.2022 und vom Formblatt 225 VHB zur Stoffpreisgleitklausel gehabt. Sie habe am 05.04.2022 im parallelen Vergabeverfahren 0202/22-B-EO-51 eine Bieteranfrage gestellt, in der sie aufgrund der aktuellen Preisentwicklung um die Ergänzung der Vergabeunterlagen um das Formblatt 225 VHB (Stoffpreisgleitklausel) und Zusendung dieses Formblatts gebeten habe. Insoweit seien der AST die einen Vergaberechtsverstoß begründenden Tatsachen bekannt gewesen. Spätestens mit der am 12.04.2022 erfolgten Ergänzung der Vergabeunterlagen um das Formblatt 225 VHB und der Übersendung der Hinweise zur Wirkungsweise der Stoffpreisgleitklausel im Vergabeverfahren 0299/22-B-EO-51 habe die AST von einem möglichen Vergabefehler im streitgegenständlichen Vergabeverfahren gewusst. Schließlich reiche es für das Entstehen der Rügeobliegenheit aus, wenn sich die Vorstellung von einem Vergaberechtsverstoß beim Antragsteller dergestalt zu hinreichender Gewissheit verdichtet habe, dass ein vernünftiger Bieter an seiner Stelle eine Rüge als nicht aussichtslos, nicht notwendig als überwiegend aussichtsreich, ansehen würde. Nicht erforderlich sei die Kenntnis von einem völlig zweifelsfreien und in jeder Beziehung sicher nachweisbaren Vergabefehler. Ausreichend sei das Wissen um einen Sachverhalt, der den Schluss auf die Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen erlaube, und der es bei vernünftiger Betrachtung gerechtfertigt erscheinen lasse, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden. Dass auch die AST eine Rüge nicht als aussichtslos betrachte, könne bereits aufgrund der Erhebung der Rüge am 11.05.2022 unterstellt werden. Von Bedeutung sei zudem, dass die Präklusionsregelung als spezielle Ausformung des Grundsatzes von Treu und Glauben das öffentliche Interesse an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens schütze. Die Vergabestelle solle die Möglichkeit erhalten, von Bietern und Bewerbern erkannte Fehler im frühestmöglichen Stadium des Verfahrens zu beheben. Die Vergabekammern sollen mit Vergaberechtsverstößen gar nicht erst befasst werden, die im Fall einer rechtzeitigen Rüge möglicherweise schon im Vorfeld hätten korrigiert werden können. Vorliegend habe auch die AST bereits in ihrer Rüge vom 04.05.2022 mitgeteilt, dass sie die Begründung für eine hilfsweise Forderung nach einer Aufhebung des Vergabeverfahrens erst nachreichen werde, wenn der Rüge vom 04.05.2022 nicht abgeholfen werde. Gerade das von der AST gezeigte Verhalten, nämlich die Auswirkungen eines erkannten Fehlers zunächst abzuwarten und die weitere Rüge erst dann zu stellen, wenn ihre Spekulation auf einen günstigen Verfahrensausgang nicht aufgeht, die Gelegenheit des Auftraggebers zur zeitsparenden Selbstkorrektur jedoch verstrichen ist, soll durch das Rügeerfordernis und die daran anknüpfende Präklusion verhindert werden. Die AST habe daher die Frist zur unverzüglichen Rüge mit Fristende am 15.04.2022 versäumt. Die Rüge vom 11.05.2022 sei daher

nicht rechtzeitig erhoben worden. Auch der Ausschluss des Angebots der AST sei aus formalen Gründen rechtmäßig gewesen, da es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen erfülle. Im vorliegenden Vergabeverfahren gelte ein striktes Nachverhandlungsverbot. Aufklärungen dürften nur zur Klarstellung, nicht aber zur Änderung von Angebotsinhalten führen. Grundsätzlich liege eine unzulässige Änderung von Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der Auftraggeber nachgefragt hat, sondern der Bieter von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweiche. Ob eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot im Einzelfall vorliegt, sei anhand einer Auslegung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont festzustellen. Hinsichtlich des Angebots des Bieters sei Maßstab der Auslegung, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte, wobei es keinen Erfahrungssatz gebe, dass der Bieter stets das vom Auftraggeber Nachgefragte anbieten wolle, auch wenn ihm redliche und interessensgerechte Absichten zu unterstellen seien. Nach Klarstellung durch die Beantwortung der Bieteranfrage am 15.03.2022 sei in der LV-Position 2.1.390 ein Schutzwandler 10P10 4000/5 Klasse 1 ausgeschrieben gewesen. Soweit sich die AST darauf berufe, dass ein entsprechendes Leitprodukt des Herstellers mit entsprechender Typenbezeichnung nicht existiere, sei anzunehmen, dass die AST die Mindestanforderungen im Leistungstext erkannt habe, da der entsprechende Schutzwandler ebenfalls in der Antwort zur Bieteranfrage am 15.03.2022 in den LV-Positionen 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 klarstellend enthalten gewesen sei und die AST in diesen LV-Positionen nicht vom Leistungsverzeichnis abgewichen sei. Bei dem von der AST in der LV-Position 2.1.390 angebotenen Produkt *multimes F144-2-LED-ESMSET-2RO1DO-US1-5* des Herstellers *KBR* handele es sich nicht um den geforderten Schutzwandler. Unter Anwendung der oben dargestellten Auslegungsmaßstäbe komme der AG zu dem Ergebnis, dass die AST entsprechend dem Wortlaut in ihrem Angebot das aufgeführte Produkt habe anbieten wollen. Auch aus Sicht eines mit den Umständen des Einzelfalls vertrauten Dritten hätten keinerlei Anhaltspunkte für einen offensichtlichen Fehler bzw. offenkundige Widersprüchlichkeiten im Angebot der AST bestanden. Insofern mache die AST zur Offenkundigkeit keine hinreichenden Ausführungen in ihrer Antragsschrift. Allein das ausschreibungskonforme Angebot eines Schutzwandlers in den LV-Positionen 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 durch die AST lasse nicht auf einen offenkundigen Fehler schließen. Zudem habe auch die Abforderung der Datenblätter nicht dazu geführt, eine Aufklärung über mögliche Widersprüche herbeizuführen. Vielmehr sei es darum gegangen, die technischen Daten der vom Ausschreibungstext abweichenden Produkte zu erfassen und zu prüfen. Im Ergebnis ergäben sich aus dem Angebot der AST keine widersprüchlichen Anhaltspunkte dafür, dass die AST in der LV-Position 2.1.390 den Schutzwandler TAPX50D200 habe anbieten wollen. Die AST könne sich insofern nicht darauf berufen, dass vorliegend eine offensichtlich gebotene Klarstellung oder eine Behebung offensichtlicher sachlicher Fehler vorliege. Eine Änderung des Produktes im Leistungsverzeichnis stelle deshalb eine unzulässige Nachverhandlung dar, denn grundsätzlich gelte, dass die Aufklärung nicht zu einer inhaltlichen Verbesserung des Angebots führen dürfe. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die AST sei im vorliegenden Verfahren nicht notwendig gewesen. Notwendig sei die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes oder sonstigen sachkundigen Bevollmächtigten, wenn sie vom Standpunkt eines verständigen, nicht rechtskundigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden durfte. Vorliegend habe die AST bereits in den Rügen ihre Standpunkte und Rechtsauffassungen gegenüber dem AG benannt und erläutert. Insofern seien ihr die bestehenden Sach- und Rechtsfragen bereits ohne einen rechtskundigen Beteiligten bekannt gewesen. Darüber hinaus betreibe die AST das parallele Vergabenachprüfungsverfahren 5090-250-4002/781 eigenständig ohne Rechtsanwalt oder sonstigen sachkundigen Bevollmächtigten, so dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten auch im vorliegenden Fall nicht erforderlich gewesen sei.

Der AG hat am 24.05.2022 ergänzend ausgeführt, dass die Typenangabe *DehnShort* nicht den in der LV-Position 2.1.390 geforderten Schutzwandler beschreibe, sondern das komplette Störlichtbogensystem der Firma DEHN. Die Schutzwandler seien Bestandteil des Stör-

lichtbogensystems und müssten zum System entsprechend der Beschreibung in der LV-Position passen. Das Thüringer Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft habe das Rundschreiben des Bundes vom 25.03.2022 am 28.03.2022 an das Thüringer Landesamt für Bau und Verkehr übersendet. Nach entsprechender Prüfung des Rundschreibens des Bundes sei eine telefonische Abstimmung mit dem Ministerium zur Nr. III. des Rundschreibens des Bundes erfolgt. Bereits im Vorfeld der Ausschreibung sei eine Anwendung Stoffpreisklausel (Formblatt 225 VHB) geprüft worden. Nach damaliger Prüfung hätten die Anwendungsvoraussetzungen nicht vorgelegen. Ob die Voraussetzungen für die Anwendung der Stoffpreisklausel unter Berücksichtigung des Rundschreibens des Bundes vom 25.03.2022 vorliegen, sei fraglich. Grundsätzlich enthalte das Leistungsverzeichnis Positionen mit den Baustoffen Stahl, Stahllegierungen und Kupfer. Ob für diese Baustoffe der notwendige Stoffkostenanteil von mindestens 1 % der vom AG geschätzten Auftragssumme erreicht werde, könne derzeit noch nicht abschließend beurteilt werden.

Die Vergabekammer hat am 25.05.2022 die Verfahrensbeteiligten zum Termin zur mündlichen Verhandlung am 02.06.2022, 09:00 Uhr, im Thüringer Landesverwaltungsamt Weimar geladen und ihnen Gelegenheit zur weiteren Stellungnahme bis einschließlich 30.05.2022 eingeräumt.

Die AST hat am 27.05.2022 ihren Sach- und Rechtsvortrag aus ihrem Nachprüfungsantrag wiederholt und vertieft. Sie hat auch dargelegt, dass nach ihrer Einschätzung der Stoffkostenanteil der im Rundschreiben des BMWSB vom 25.03.2022 benannten Stoffe im vorliegenden Fall wertmäßig mehr als 1 % der vom AG geschätzten Auftragssumme für die vorliegende Ausschreibung ausmacht.

Auch die BEI hat am 30.05.2022 der Vergabekammer mitgeteilt, dass nach ihrer Einschätzung der Stoffkostenanteil der im Rundschreiben des BMWSB vom 25.03.2022 benannten Stoffe im vorliegenden Fall wertmäßig mehr als 1 % der vom AG geschätzten Auftragssumme für die vorliegende Ausschreibung ausmacht.

Der AG hat am 30.05.2021 der Vergabekammer ergänzend mitgeteilt, dass das Angebot der AST in den LV-Positionen fehlerhaft sei. Ausweislich des von der AST am 06.04.2022 vorgelegten Datenblattes entsprächen die angebotenen Schutzwandler nicht den Forderungen aus dem Leistungsverzeichnis, die mit der Beantwortung der Bieteranfrage am 15.03.2022 konkretisiert worden seien.

Die AST und der AG hatten in der mündlichen Verhandlung am 02.06.2022 Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Die BEI hat trotz Ladung an der mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen. Der AST und der AG haben in der mündlichen Verhandlung ihre Anträge vom 11.05.2022 und 18.05.2022 aufrechterhalten. Die Vergabekammer verweist im Einzelnen auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 02.06.2022, die den Verfahrensbeteiligten am 03.06.2022 zugesendet worden ist.

Die Vergabekammer nimmt ergänzend Bezug auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte des AG sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer.

II.

1. Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag des AST ist ganz überwiegend zulässig.

a)

Die Vergabekammer ist für das Nachprüfungsverfahren gemäß den §§ 155, 156 Absatz 1, 2, HS, 158 Absatz 2 und 159 Absatz 2 Satz 1 GWB in Verbindung mit § 2 Absatz 1 Satz 1 ThürVkvO sachlich und örtlich zuständig.

- Der AG ist öffentlicher Auftraggeber nach den §§ 98, 99 Nr. 1 GWB.

- Die ausgeschriebene Herstellung von elektrotechnischen Anlagen -KKE 0440.06 Starkstromtechnik inklusive Beleuchtung TO4- hat einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 103 Absätze 1 und 3 GWB und Artikel 2 Absatz 1 Nrn. 5 und 6 der Richtlinie 2014/24/EU zum Gegenstand.
- Der für diesen Auftrag nach § 106 Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Artikel 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU geltende Schwellenwert in Höhe von 5.382,000 € ohne Mehrwertsteuer ist mit Blick auf die vom AG am 10.01.2022 gemäß § 3 Absatz 6 VgV vorgenommene Schätzung des voraussichtlichen Gesamtauftragswertes des Bauvorhabens deutlich überschritten.

b)

Die AST hat nach der am 06.05.2022 erfolgten Rügezurückweisung des AG bereits am 11.05.2022 bei der Vergabekammer gemäß den §§ 160 Absatz 1, 161 GWB einen schriftlichen und näher begründeten Nachprüfungsantrag innerhalb der in § 160 Absatz 3 Satz 1 Nr. 4 GWB geltenden 15-Tage-Frist gestellt.

c)

Die AST ist gemäß § 160 Absatz 2 GWB antragsbefugt.

Nach dieser Bestimmung ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Absatz 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

aa)

Die AST hat ihr Interesse an einer Beauftragung mit der ausgeschriebenen Herstellung von elektrotechnischen Anlagen mit ihrem Angebot vom 23.03.2022, ihren Rügen vom 04.05.2022 und 11.05.2022 sowie mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 11.05.2022 deutlich zum Ausdruck gebracht.

bb)

Die AST hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Absatz 6 GWB durch Nichtbeachtung von bieterschützenden Vergabevorschriften, insbesondere den vom AG erklärten Ausschluss ihres Angebots von der Wertung und die von ihm abgelehnte Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen -Verstoß gegen die §§ 16 Nr. 2, 13 Absatz 1 Nr. 5 VOB/A-EU bzw. § 7 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A-EU, geltend gemacht.

cc)

Die AST hat einen ihr drohenden Schaden dargelegt, der sich daraus ergibt, dass der AG sie am 02.05.2022 über den Ausschluss ihres Angebots von der Wertung sowie über seine Absicht informiert hat, das Angebot der BEI am 13.05.2022 bezuschlagen zu wollen, und dadurch der AST der ausgeschriebene Auftrag zu entgehen droht.

Dem steht auch nicht entgegen, dass der AG am 02.05.2022 das Angebot der AST gemäß den §§ 16 Nr. 2, 13 Absatz 1 Nr. 5 VOB/A-EU im Ergebnis zu Recht ausgeschlossen hat (vgl. hierzu noch unten) und die AST demnach bislang keine Chancen auf den Zuschlag hat, so dass grundsätzlich nicht anzunehmen ist, dass der AST ein Schaden droht. Der AST fehlt dann grundsätzlich die Antragsbefugnis für die Geltendmachung eines weiteren, anderen Vergaberechtsverstoßes, hier die von der AST zusätzlich beanstandete Ablehnung der Aufnahme der Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen durch den AG. Die AST hat jedoch die bislang erfolgte Ablehnung der Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen durch den AG im Ergebnis zu Recht beanstandet (vgl. hierzu noch unten). Dies steht derzeit einem vergaberechtskonformen Abschluss des Vergabeverfahrens durch Zuschlag entgegen; das Vergabeverfahren ist gemäß § 168 Absatz 1 GWB in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen (vgl. hierzu auch Nr. III., Unterabsatz 3, des Rundschreibens des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen *Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs* vom 25.03.2022). Der AG hat eine Stoffpreisklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen aufzunehmen. Die AST erhält dann im zurückversetzten

Vergabeverfahren -wie die anderen Bieter auch- eine sog. zweite Chance den ausgeschriebenen Auftrag zu erhalten. Dies begründet im vorliegenden Fall die Antragsbefugnis der AST (vgl. auch Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., 2016, § 160 GWB, Rdn. 121 ff.; Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., 2020, § 160 GWB, Rdn. 22 ff.).

d)

Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht auch kein zwischenzeitlich erteilter Zuschlag nach § 168 Absatz 2 GWB entgegen.

e)

Die AST ist mit ihren Rügen vom 04.05.2022 und 11.05.2022 ihren Rügeobliegenheiten nach § 160 Absatz 3 Satz 1 GWB grundsätzlich nachgekommen.

aa)

Die AST ist insbesondere auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Absatz 3 Satz 1 Nr.1 GWB nachgekommen, soweit sie die vom AG bislang abgelehnte Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen beanstandet hat.

Nach § 160 Absatz 3 Satz 1 Nr. 1 GWB muss der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften, den er von Einreichen des Nachprüfungsantrags positiv erkannt hat, gegenüber dem Auftraggeber innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt haben. Positive Kenntnis besitzt der Antragsteller erst dann, wenn er zum einen die den Verstoß begründenden Tatsachen kennt und zum anderen aus den Tatsachen bei laienhafter Wertung den Schluss zieht, dass ein Vergaberechtsverstoß vorliegt. Der Antragsteller muss aufgrund seiner subjektiven Einschätzung von einem Verstoß gegen das Vergaberecht ausgehen (OLG Karlsruhe, NZBau 2013, 528, 529). Der positiven Kenntnis steht nach der Rechtsprechung gleich, wenn der Kenntnisstand des Antragstellers in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einen solchen Grad erreicht hat, dass seine Unkenntnis vom Vergaberechtsverstoß nur als ein mutwilliges Sich-Verschließen vor der Erkenntnis des Rechtsverstoßes verstanden werden kann. Hieran sind indes strenge Anforderungen zu stellen, deren Erfüllung vom Auftraggeber darzulegen ist (BGH, VergabeR 2007, 59, 65; OLG Jena, NZBau 2011, 771, 772).

Der AST sind aus ihrer Bieterpraxis Stoffpreisklauseln (Formblatt 225 VHB) bekannt. So hat sie am 05.04.2022 in den parallelen Vergabeverfahren 0202/22-B-EO-51 und 0299/22-B-EO-51 gegenüber dem AG die Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen verlangt. Sie hat offenbar die Aufnahme einer solchen Stoffpreisgleitklausel in diesen Vergabeverfahren aufgrund der aktuellen, sehr dynamischen Preisentwicklung im Rohstoff- und Energiebereich für zweckmäßig erachtet. Der AG hat die Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel im vorliegenden Vergabeverfahren sowie im parallelen Vergabeverfahren 0202/22-B-EO-51 am 06.04.2022 und in der Folgezeit zurückgewiesen, hingegen im Vergabeverfahren 0299/22-B-EO-51 am 12.04.2022 vorgenommen. Das BMWSB hat nach näherer Maßgabe seines Rundschreibens *Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs* vom 25.03.2022 für seinen Zuständigkeitsbereich unter anderem die Aufnahme von Stoffpreisklauseln in laufenden Vergabeverfahren angeordnet. Selbst bei bereits erfolgter Angebots(er)öffnung soll nach Nr. III., Unterabsatz 3, des Rundschreibens das Vergabeverfahren zur Vermeidung von Streitigkeiten bei der Bauausführung in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetzt werden, um Stoffpreisklauseln einbeziehen und ggf. Ausführungsfristen verlängern zu können. Der Thüringer Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft hat dieses Rundschreiben bereits am 28.03.2022 an das Thüringer Landesamt für Bau und Verkehr mit der Bitte um Beachtung übersendet. Die AST hat in ihrer selbst verfassten Rüge vom 04.05.2022 vor allem den vom AG am 02.05.2022 erklärten Ausschluss ihres Angebots von der Wertung gerügt; sie hat hier aber noch nicht die bislang nicht erfolgte Aufnahme einer Stoffpreisklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen beanstandet. Nachdem der AG am 06.05.2022 die Rüge der AST vom 04.05.2022 zurückgewiesen hatte, hat die AST am 10.05.2022 ihre anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten mit der Wahrnehmung ihrer rechtlichen Interessen beauftragt. Die Verfahrensbevollmächtigten der AST haben am 11.05.2022 sogleich und zusätzlich die bislang nicht erfolgte

Aufnahme einer Stoffpreisklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen als vergaberechtswidrig gerügt. Die Vergabekammer geht davon aus, dass die AST erst nach anwaltlicher Beratung am 10.05.2022 davon Kenntnis erlangt hat, dass die bislang nicht erfolgte Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen einen Verstoß gegen das Vergaberecht begründet bzw. begründen kann. Die AST hat vor ihrer anwaltlichen Beratung dieses Rechtsbewusstsein bzw. diese Rechtskenntnis -sei es auch nur im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre- nicht gehabt. Die wenn auch nur laienhafte Feststellung einer Vergaberechtswidrigkeit als Folge einer nicht erfolgten Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen erfordert doch einen gewissen Begründungsaufwand (vgl. hierzu auch Kues IBR 2022, 2466 ff.), der auch einem durchschnittlich fachkundigen Bieter mit den üblichen Kenntnissen nicht ohne weiteres möglich sein dürfte. Die Vergabekammer hat auch keine Kenntnis davon, ob der AST bereits vor ihrer anwaltlichen Beratung das Rundschreiben des Bundes vom 25.03.2022 bekannt war. Dem Rundschreiben kann allerdings nicht eindeutig entnommen werden, dass eine nicht erfolgende Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen eine Vergaberechtswidrigkeit des entsprechenden Vergabeverfahrens zur Folge hat bzw. haben kann. Dafür hat der Bund die entsprechenden Ausführungen in seinem Rundschreiben zu wenig vergaberechtlich untersetzt. Folglich kann selbst bei einer Kenntnis des Rundschreibens das erforderliche Rechtsbewusstsein bzw. Rechtskenntnis der AST vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstößes nicht zwingend abgeleitet werden. Die Vergabekammer kann auch nicht erkennen, dass sich die AST der Erkenntnis eines entsprechenden Vergaberechtsverstößes mutwillig verschlossen hat. Nach alledem kann die AST die vom AG bislang abgelehnte Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen in zulässiger Weise rügen.

bb)

Die AST ist allerdings ihren Rügeobliegenheiten nach § 160 Absatz 3 Satz 1 Nrn. 1 und 3 GWB nicht nachgekommen, soweit sie anfänglich in ihrer Rüge vom 04.05.2022 und später wieder in ihrer Stellungnahme vom 27.05.2022 dargelegt hat, die LV-Position 2.1.390 sei zum Teil fehlerhaft und nicht produktneutral beschrieben worden (fehlerhafte Vorgabe des Leitfabrikates *Dehn, DehnShort*). Die von ihr geltend gemachten Verstöße gegen Vergabevorschriften sind insofern für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter mit den üblichen Kenntnissen ohne weiteres bereits aus den Vergabeunterlagen (LV) erkennbar gewesen. Die Vergabekammer geht davon aus, dass die AST nach der Veröffentlichung und Prüfung der Vergabeunterlagen im Rahmen der Angebotserstellung sogar eine positive Kenntnis von den von ihr insofern angenommenen Vergaberechtsverstößen erlangt hat. Die entsprechenden Vergaberechtsverstöße können von der AST daher nicht mehr in zulässiger Weise geltend gemacht werden (vgl. auch Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 GWB, Rdn. 83; Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., 2020, § 160, Rdn. 127; Müller-Wrede, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2016, § 160, Rdn. 73). Die AST hat daher folgerichtig am 11.02.2022 zunächst davon abgesehen, diese Rügen nochmals zum Gegenstand ihres Nachprüfungsantrages zu machen. Sie konnte diese Rügen nicht mehr in ihrer Stellungnahme vom 27.05.2022 in zulässiger Weise vortragen.

2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag des AST ist im Ergebnis begründet.

a)

Allerdings hat der AG das Angebot des AST am 02.05.2022 zu Recht ausgeschlossen. Der Angebotsausschluss war vorliegend nach den §§ 16 Nr. 2, 13 Absatz 1 Nr. 5 VOB/A-EU gerechtfertigt. Nach § 16 Nr. 2 VOB/A-EU sind unter anderem Angebote auszuschließen, die den Bestimmungen des § 13 Absatz 1 Nr. 5 VOB/A-EU nicht entsprechen. Nach § 13 Absatz 1 Nr. 5 VOB/A-EU sind Angebote auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen. Änderungen an den Vergabeunterlagen sind unzulässig. Eine Änderung an den Vergabeun-

terlagen liegt vor, wenn in einem Angebot etwas anderes offeriert wird, als in den Vergabeunterlagen verlangt worden ist. Durch einen Vergleich des Inhalts des Angebots mit den Vergabeunterlagen lässt sich feststellen, ob eine Änderung an den Vergabeunterlagen gegeben ist (vgl. auch Burgi/Dreher, Vergaberecht, VgV etc., 3. Aufl., 2019, § 13 VOB/A-EU, Rdn. 51; Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 4, Vergaberecht II, 2. Aufl., 2018, §13 VOB/A-EU, Rdn. 72 f.).

Der LV-Position 2.1.390 in Verbindung mit der Korrekturmitteilung des AG an die Bieter vom 15.03.2022 ist zu entnehmen, dass die Bieter in der LV-Position 2.1.390 Schutzwandler 10P10 4000:5 anzubieten hatten. Die AST hat in ihrem Angebot vom 23.03.2022 in der LV-Position 2.1.390 Schutzwandler 10P10 2000/5 Klasse 1 des Herstellers *Legrand* mit der Typenbezeichnung *multimes F144-2-LED-ESMSET-2RO1DO-US1-5* angeboten.

Den LV-Positionen 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 in Verbindung mit der Korrekturmitteilung des AG an die Bieter vom 15.03.2022 ist weiter zu entnehmen, dass die Bieter in diesen LV-Positionen Schutzwandler 10P10 4000:5, 10P10 1500:5, 10P10 1500:5 bzw. 10P10 3000:5 anzubieten hatten. Die AST hat in ihrem Angebot vom 23.03.2022 in diesen LV-Positionen wiederum Schutzwandler 10P10 2000/5 Klasse 1 des Herstellers *Legrand* (irrtümlich *Legrant*), dort aber mit der Typenbezeichnung TAPX50D200 angeboten.

Der AG hat also am 15.03.2022 die Leistungsanforderungen an die anzubietenden Schutzwandler weiter präzisiert; die anzubietenden Schutzwandler sollten dabei für unterschiedlichen Primärstrom (Primär-Nennstrom) ausgelegt sein. Die Vergabekammer verweist insofern auch auf das von der AST am 06.04.2022 vorgelegte Produktdatenblatt NT718. Die von der AST am 23.03.2022 angebotenen Schutzwandler erfüllen nicht die Leistungsanforderungen des AG. Die AST hat in ihrem Angebot in den LV-Positionen 2.1.390, 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 etwas anderes angeboten, als in den Vergabeunterlagen verlangt worden ist. Sie hat insofern Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen. Dabei ist nicht relevant, dass sich die vorgenommenen Änderungen an den Vergabeunterlagen auf vom AG am 15.03.2022 im laufenden Verfahren korrigierte Unterlagen beziehen. Entscheidend ist auch nicht, ob die vorgenommenen Änderungen wesentliche oder unwesentliche Vorgaben des AG betreffen. Es kommt auch nicht darauf an, ob und inwieweit die Änderungen wettbewerbsrelevant sind (Burgi/Dreher, a.a.O.; Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rdn. 74). Hat ein Bieter Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen, ist das Angebot nach § 16 Nr. 2 VOB/A-EU von der Wertung auszuschließen. Es besteht für den Bieter in diesem Zusammenhang keine Möglichkeit der Nachbesserung inhaltlicher Angaben (Burgi/Dreher, a.a.O., Rdn. 49, 56). Ansonsten bestünde für den Bieter die Möglichkeit, nachträglich ein inhaltlich besseres Angebot abzugeben. Dies verstieße gegen den Grundsatz des fairen Wettbewerbs.

b)

Der AG hat am 02.05.2022 zur Begründung des Ausschlusses des Angebots der AST erklärt, dass es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellten Bedingungen erfülle. Die in der LV-Position 2.1.390 angegebene Typenbezeichnung *multimes F144-2-LED-ESMSET-2RO1DO-US1-5* gehöre zu einem Multimesgerät des Herstellers KBR und entspreche nicht einem Schutzwandler, wie im Positionstext gefordert. Die Vergabekammer geht zunächst davon aus, dass die AST in der LV-Position 2.1.390 kein Universalnetzmessgerät angeboten hat. Dies folgt zum einen daraus, dass sie dort Schutzwandler 10P10 2000/5 Klasse 1 des Herstellers *Legrand* angeboten hat, und zum anderen der Hersteller *Legrand* Universalnetzmessgeräte mit der Typenbezeichnung *multimes F144-2-LED-ESMSET-2RO1DO-US1-5* gar nicht anbietet. Die Typenbezeichnung *multimes F144-2-LED-ESMSET-2RO1DO-US1-5* ist offensichtlich und eindeutig einem Universalnetzmessgerät des Herstellers KBR zuzuordnen. Die in der LV-Position 2.1.390 angegebene Typenbezeichnung *multimes F144-2-LED-ESMSET-2RO1DO-US1-5* weicht zudem von der Typenbezeichnung TAPX50D200 in den LV-Positionen 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.360 ab, in denen die AST ebenfalls Schutzwandler 10P10 200/5 Klasse 1 des Herstellers *Legrand* (irrtümlich *Legrant*) angeboten hat. Der AG hat die Angabe unterschiedlicher Typenbezeichnungen für die Schutzwandler in der LV-Position 2.1.390 einerseits und in den LV-Positionen 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und

2.6.350 andererseits zum Anlass genommen, von der AST die Vorlage der Produktdatenblätter zu den in den LV-Positionen 2.1.390, 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 angebotenen Schutzwandlern bis zum 06.04.2022 zu verlangen.

Die AST hat dem AG am 06.04.2022 mitgeteilt, dass die von ihr in den Positionen 2.1.390, 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 angebotenen Schutzwandler Wandler der Firma Legrand, jetzt der Firma IME Legrand, seien. Leider habe sich zu Beginn in der LV-Position 2.1.390 bei der letzten von zehn Eintragung ein Kopier-/Übertragungsfehler eingeschlichen. Die Bezeichnung dort solle gemäß der LV-Position 2.2.360 und dem beigefügten Datenblatt TAPX50D200, jetzt TAX, lauten. Die LV-Positionen 2.1.390 und 2.2.360 hätten beide den gleichen Einheitspreis und seien preislich richtig bewertet worden.

Die Vergabekammer entnimmt dem von der AST beim AG am 06.04.2022 eingereichten Datenblatt, dass bei einem Angebot von Schutzwandlern der Firma IME Legrand die zutreffende Typenbezeichnung für die vom AG in den LV-Positionen 2.1.390, 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 ausgeschriebenen Schutzwandler TAXC50D150, TAXC50D200, TAXC50D300 bzw. TAXC50D400 lauten dürften. Die AST hat folglich in ihrem Angebot vom 23.03.2022 in den LV-Positionen 2.1.390, 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 sowie in ihrer Mitteilung an den AG vom 06.04.2022 keine zutreffenden Typenbezeichnungen für die von ihr angebotenen bzw. anzubietenden Schutzwandler gemacht. Die Amtsermittlung der Vergabekammer hat insofern zu einem eindeutigen Aufklärungsergebnis geführt. Die erfolgte Aufklärung der zutreffenden Typenbezeichnungen ändert aber nichts daran, dass die AST in den LV-Positionen 2.1.390, 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 von den Leistungsanforderungen des AG abgewichen ist und die dadurch erfolgte Änderung an den Vergabeunterlagen einen zwingenden Ausschluss des Angebots der AST von der Wertung zur Folge haben muss. Die Vergabekammer macht darauf aufmerksam, dass die AST bis zur Angebotsabgabe und darüber hinaus in den LV-Positionen 2.1.390, 2.2.360, 2.4.400, 2.5.400 und 2.6.350 immer nur die Schutzwandler 10P10 2000/5 Klasse 1 angeboten hat; sie hat zu keiner Zeit die gemäß diesen LV-Positionen in Verbindung mit der Korrekturmitteilung des AG an die Bieter vom 15.03.2022 ausgeschriebenen Schutzwandler für die entsprechenden Primärströme (Primär-Nennströme) angeboten.

c)

Die bislang erfolgte Ablehnung der Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen durch den AG begründet einen Verstoß gegen § 7 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A-EU.

Nach dieser Bestimmung darf dem Auftragnehmer in den Vergabe- und Vertragsunterlagen kein ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse aufgebürdet werden, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung insbesondere auf die Preise er nicht im Voraus schätzen kann. Aufgrund der Kriegsereignisse in der Ukraine und der in der Folge verhängten weltweiten Sanktionen gegen Russland sind die Preise vieler Baustoffe zum Teil extrem gestiegen. Der Krieg und seine weltweiten Sanktionsfolgen sowie die dadurch ausgelöste und noch anhaltende dynamische Entwicklung dieser Preise bürden den Bieter ein ungewöhnliches Wagnis gemäß § 7 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A-EU auf. Die Bieter haben auf diese Umstände und Ereignisse keinen Einfluss und können deren Einwirkungen auf die Preise nicht im Voraus schätzen. Die Bieter dürfen zu ihrem Schutz keiner Situation ausgesetzt werden, in der ihnen die Preiskalkulation aufgrund dieser außerhalb ihrer Sphäre liegender Faktoren unzumutbar erschwert ist und das daraus entstehende Risiko die übliche Risikoverteilung übersteigt. Die Bieter haben keinen Einfluss auf die Kriegssituation in der Ukraine sowie auf die weltweiten Sanktionsfolgen und die dadurch ausgelöste und noch anhaltende dynamische Entwicklung der Preise für viele Baustoffe. Den Bieter ist aufgrund dieser Entwicklung eine kaufmännisch vernünftige Preiskalkulation unzumutbar erschwert bzw. unmöglich gemacht worden. Die Bieter der vorliegenden Ausschreibung sind daher derzeit einem ungewöhnlichen Wagnis ausgesetzt, das durch die bislang vom AG abgelehnte Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen beseitigt werden kann. Mit der Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen ist den Bieter der vorliegenden Ausschreibung wieder eine kaufmännisch vernünftige Preiskalkulation möglich und sie müssen nicht mehr einseitig und in unzumutbarer Weise das

Risiko von zukünftig stark steigenden Baustoffpreisen tragen (vgl. auch Kues IBR 2022, 2466 ff.). Die Vergabekammer merkt in diesem Zusammenhang an, dass die Angebote der Bieter ganz deutlich über der vom AG veranschlagten Auftragssumme für die vorliegende Ausschreibung liegen. Sie vermutet, dass die Bieter aufgrund der auch zukünftig noch zu erwartenden dynamischen Entwicklung vieler Preise bereits entsprechend hohe Risikoaufschläge einkalkuliert haben. Es liegt auch im (haushalterischen) Interesse des AG, die Bieter bieten die derzeit und in nächster Zeit geltenden Marktpreise an, und weitere, erhebliche Preissteigerungen werden dann zur gegebenen Zeit durch die Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) abgedeckt. Das BMWSB hat jedenfalls nach näherer Maßgabe seines Rundschreibens vom 25.03.2022 für seinen Zuständigkeitsbereich die Aufnahme einer Stoffpreisklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen auch bei bereits laufenden Vergabeverfahren angeordnet. Selbst bei bereits erfolgter Angebots(er)öffnung ist gemäß Nr. III., Unterabsatz 3, des Rundschreibens das Verfahren zur Vermeidung von Streitigkeiten bei der Bauausführung in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen, um Stoffpreisgleitklauseln einbeziehen und ggf. Ausführungsfristen verlängern zu können. Die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags erfordert ausweislich des Leistungsverzeichnisses insbesondere die Verwendung von Stahl, Stahlegierungen, Aluminium und Kupfer. Der Stoffkostenanteil der betreffenden Stoffe überschreitet im vorliegenden Fall wertmäßig ein Prozent der vom AG geschätzten Auftragssumme. Die AST und die BEI haben dies am 27.05.2022 und 30.05.2022 auf Nachfrage der Vergabekammer übereinstimmend bestätigt. Damit sind insbesondere die Anwendungsvoraussetzungen für die Aufnahme einer Stoffpreisklausel (Formblatt 225 VHB) nach Nr. 2.1 c) der Richtlinie zum Formblatt 225 VHB sowie nach dem Rundschreiben des Bundes vom 25.03.2022 erfüllt. Die Vergabekammer macht darauf aufmerksam, dass das Thüringer Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft am 28.03.2022 das Rundschreiben des Bundes vom 25.03.2022 an das Thüringer Landesamt für Bau und Verkehr mit der Bitte um Beachtung für den vorliegend bedeutsamen Anwendungsbereich übersendet hat. Diese Mitteilung vom 28.03.2022, die wie das Rundschreiben des Bundes vom 25.03.2022 als Verwaltungsvorschrift einzuordnen ist, enthält den folgenden ergänzenden Hinweis:

Nach Hinweis des BWI bitte ich um Beachtung, dass Stoffpreisgleitklauseln für Nichteisenmetalle zur Zeit nicht unter Heranziehung des Formblattes 228 vereinbart werden können, weil die Deutsche Elektrolyt-Kupfer-Notiz (DEL) die Kupferpreisnotierung ausgesetzt hat. Stoffpreisgleitklauseln für Nichteisenmetalle sind daher ebenfalls unter Verwendung des Formblattes 225 und der Indizes des Statistischen Bundesamtes zu vereinbaren.

Demnach war das Rundschreiben des Bundes vom 25.03.2022 im hier interessierenden Zusammenhang ohne Einschränkungen anzuwenden. Das Thüringer Landesamt für Bau und Verkehr hatte daher zumindest für den im Rahmen der Ausführung des Auftrags zu verwendenden Stahl, Stahlegierungen, Aluminium und Kupfer Stoffpreisgleitklauseln (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen aufzunehmen. Die Vergabekammer entnimmt der Vergabeakte einen auf den 31.01.2022 datierten Vermerk des Thüringer Landesamtes für Bau und Verkehr, der folgendermaßen lautet:

Für diese Ausschreibung wird die Stoffpreisklausel nicht angewendet (VHB Fbl. 225). Die Preisentwicklung für die elektrischen Geräte, Kabel und Installationsmaterialien ist moderat – siehe Anlage (Auszüge aus Erzeugerpreisliste). Es werden keine Stoffe eingesetzt, die nach ihrer Eigenart Preisveränderungen in besonderem Maße ausgesetzt sind und ein nicht kalkulierbares Preisrisiko für diese Stoffe zu erwarten ist.

Es besteht derzeit kein erhöhtes Risiko/Wagnis für die Bieter.

Dieser Vermerk konnte dem am 24.02.2022 begonnenen Ukrainekrieg, den späteren weltweiten Sanktionsfolgen und den dadurch ausgelösten erheblichen Preissteigerungen bei vielen Baustoffen noch nicht Rechnung tragen. Er ist durch diese späteren Entwicklungen als inhaltlich überholt anzusehen.

Die Vergabekammer entnimmt der Vergabeakte weiter einen auf den 30.03.2022 datierten Vermerk über ein Telefonat eines Vertreters des Thüringer Landesamtes für Bau und Verkehr mit dem Thüringer Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft, Herrn XXX, das folgendermaßen lautet:

Mitteilung, dass Ziffer III. des Erlasses für fraglich und unzulässig angesehen wird. Soweit Angebotsöffnungen stattgefunden haben und das Eröffnungsprotokoll verschickt wurde und damit Kenntnis über die Angebote der anderen Bieter besteht, würde eine Verzerrung des Wettbewerbes eintreten.

Darüber hinaus besteht für die bezuschlagten Angebote die Möglichkeit einer nachträglichen Einbeziehung der Stoffpreisklausel. Insofern wird die Realisierung eines ggf. bestehenden Kalkulationsrisikos als gering eingeschätzt.

Herr XXX wird um Einschätzung gebeten, ob dieser Ansicht gefolgt und für die unter III. des Erlasses fallenden Vorgänge unter Berücksichtigung der dargestellten Argumentation nicht zurückversetzt werden.

Herr XXX stimmt dem zu.

Der Vermerk lässt erkennen, dass das Thüringer Landesamt für Bau und Verkehr mit seiner bisherigen Ablehnung der Aufnahme einer Stoffpreisklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen von dem Rundschreiben des Bundes vom 25.03.2022 und von der schriftlichen Mitteilung (Verwaltungsvorschrift) des Thüringer Ministeriums für Infrastruktur und Landwirtschaft vom 28.03.2022 abgewichen ist, ohne dass hierfür ein sachlicher, rechtfertigender Grund bestanden hat. Dies gilt ungeachtet der insofern am 30.03.2022 erfolgten fernmündlichen Unterredung eines Vertreters des Thüringer Landesamtes für Bau und Verkehr mit einem Vertreter des Thüringer Ministeriums für Infrastruktur und Landwirtschaft. Die Information der Bieter und eine mögliche Einsichtnahme in die Niederschrift über den Öffnungstermin nach § 14 Absatz 6 VOB/A-EU ermöglichen den Bietern unter anderem die Kenntnisnahme der Angebotsendsummen der anderen Bieter; sie können dadurch ihre Wettbewerbsposition besser einschätzen (Burgi/Dreher, a.a.O., § 14 VOB/A-EU, Rdn. 42). Die Möglichkeit der Kenntnisnahme unter anderem der Angebotsendsummen der anderen Bieter ist von der VOB/A-EU so gewollt und begründet für sich keine Verzerrung des Wettbewerbs, wie der AG meint. Die erlangte Kenntnisnahme kann zwar im Falle einer Zurückversetzung des Vergabeverfahrens vor Angebotsabgabe die Kalkulation/Erstellung eines neuen Angebots durch die Bieter beeinflussen. Die Vergabekammer geht aber vorliegend nicht davon aus, dass dadurch eine Verzerrung des Wettbewerbs eintritt, wie der AG meint. Vielmehr erlaubt die Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) in die Vergabeunterlagen den Bietern im Rahmen der Erstellung eines neuen Angebots, die derzeit und in nächster Zeit geltenden Marktpreise anzubieten. Sie müssen nicht mehr aufgrund der auch zukünftig noch zu erwartenden dynamischen Entwicklung vieler Preise entsprechend hohe Risikoaufschläge einkalkulieren. Weitere, erhebliche Preissteigerungen werden zur gegebenen Zeit durch die Stoffpreisgleitklausel (Formblatt 225 VHB) abgedeckt. Dies liegt auch im (haushalterischen) Interesse des AG. Die Vergabekammer geht davon aus, dass die Bieter nach einer Zurückversetzung des Vergabeverfahrens vor Angebotsabgabe ihre Angebote aufgrund dieser Umstände in den Positionen, in denen die Stoffpreise von großer Bedeutung sind, grundlegend neu kalkulieren werden. Die Kenntnis der bisherigen Angebotsendsummen der anderen Bieter wird auf die Kalkulation der neuen Angebote nach Einschätzung der Vergabekammer keinen ausschlaggebenden Einfluss mehr haben. Die Annahme des AG, das Kalkulationsrisiko der Bieter sei vorliegend als gering einzuschätzen, ist angesichts der dynamischen Entwicklung vieler, auch im vorliegenden Fall bedeutsamer Preise unzutreffend. Diese Annahme des AG widerspricht zudem auch den Feststellungen in Nr. II., Unterabsatz 2, des Rundschreibens des Bundes vom 25.03.2022, die ausdrücklich von einem nicht kalkulierbaren Preisrisiko der Bieter für die von dem Rundschreiben erfassten Stoffe ausgehen.

3. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Der AG hat gemäß § 182 Absatz 4 Satz 1 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der AST zu tragen, da er in dem Verfahren unterlegen ist. Die Hinzuziehung von anwaltlichen Bevollmächtigten durch die AST war gemäß § 182 Absatz 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Absätze 2 und 3 Satz 2 ThürVwVfG für notwendig zu erklären. Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht schwierigen Fall, so dass es der AST nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Auch aufgrund des enormen Zeitdrucks in einem Nachprüfungsverfahren ist eine gezielte juristische Vertretung der AST durch anwaltliche Bevollmächtigte erforderlich gewesen. Sofern der AG ausführt, die AST betreibe im parallelen Nachprüfungsverfahren 5090-250-4002/781 das Verfahren alleine und ohne anwaltlichen Bevollmächtigten, dies belege, dass die Hinzuziehung von anwaltlichen Bevollmächtigten auch im vorliegenden Nachprüfungsverfahren nicht erforderlich gewesen sei, so ist darauf hinzuweisen, dass die AST im parallelen Nachprüfungsverfahren 5090-250-4002/781 im Wesentlichen Textbausteine aus dem von ihren anwaltlichen Bevollmächtigten vorliegend am 11.05.2022 gestellten Nachprüfungsantrag verwendet hat. Die AST ist demnach auch im parallelen Nachprüfungsverfahren 5090-250-4002/781 keineswegs so unabhängig und eigenständig aufgetreten, wie der AG meint.

Der AG hat zwar gemäß § 182 Absatz 3 Satz 1 GWB grundsätzlich die Kosten des Verfahrens zu tragen, da er in dem Verfahren unterlegen ist. Er hat jedoch vorliegend keine Gebühren zu tragen, da er gemäß § 182 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit § 8 Absatz 1 Nr. 2 VwKostG bzw. gemäß § 3 Absatz 1 Nr. 1 ThürVwKostG von der Zahlung von Gebühren persönlich befreit ist. Auch sind vom AG zu erstattende Auslagen der Vergabekammer nicht angefallen.

Die BEI ist nicht als unterlegene Beteiligte anzusehen, da sie vor der Vergabekammer keinen Antrag zur Hauptsache gestellt und sich auch sonst nicht mit dem erkennbaren Begehren, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen, an dem Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer beteiligt hat (Müller-Wrede, Kommentar GWB-Vergaberecht, 2016, § 182, Rdn. 66, 95 und 97). Sie trifft daher keine Pflicht zur (Mit-) Tragung von Verwaltungsgebühren und der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der AST. Sie hat ihre im Nachprüfungsverfahren ggf. entstandenen Aufwendungen selbst zu tragen. Sie hat weder Anträge gestellt noch hat sie sich an der mündlichen Verhandlung beteiligt, so dass es gemäß § 182 Absatz 4 Satz 2 GWB nicht der Billigkeit entspricht, etwaige Aufwendungen der BEI dem unterlegenen AG aufzuerlegen.

Die AST hat bereits einen Kostenvorschuss in Höhe der Mindestgebühr von 2.500,00 € gezahlt. Da sie im vorliegenden Verfahren obsiegt hat und sie daher keine Verwaltungskosten zu tragen hat, ist ihr dieser Betrag nach Eintritt der Bestandskraft dieses Beschlusses zurückzuerstatten. **Die AST wird daher um die Mitteilung der Bankverbindung gebeten, auf welche die Erstattung dann erfolgen soll.**

Hinweis:

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

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig.

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

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer

angefochten und eine abweichende Entscheidung der Vergabekammer beantragt wird, und Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

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

— Scheid
Vorsitzender VK

Gers
Hauptamtlicher Beisitzer

Siegel