



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 73/13

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „[...] Projekt [...] – Neubau [...] und Anpassung [...]“, Los 1, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Daferner auf die mündliche Verhandlung vom 27. August 2013 am 6. September 2013 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im vorliegenden Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat sie die Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer vor Ablauf der Angebotsfrist zu überarbeiten. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu zwei Drittel, die Antragsgegnerin zu einem Drittel. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin zu einem Drittel. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin zu zwei Drittel.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im offenen Verfahren die Vergabe „[...] Projekt [...] – Neubau [...] und Anpassung [...]“, in zwei Losen europaweit aus. Bei dem Bauvorhaben handelt es sich um den Neubau einer Schleuse ([...]) zusätzlich zu den beiden bereits vorhandenen und jeweils aus zwei Kammern bestehenden Schleusen zwischen [...]. Das Bauvorhaben befindet sich in einer Insellage zwischen den beiden bereits vorhandenen Schleusenanlagen, deren Betrieb während der gesamten Bauzeit aufrechterhalten werden soll und durchschnittlich 115 Schiffspassagen pro Tag umfasst. Der [...] Baubereich ist den Tideverhältnissen der [...] ausgesetzt und auch hochwassergefährdet.

Los 2 umfasst unter der Bezeichnung „Stahlwasserbau [...] Schleusenkammer“ den Bau der beiden Schiebetore und eines Ersatztores einschließlich Ausrüstung sowie zwei Hebepontons, Schützenantriebe, Pumpen, Steuerungs- und Elektrotechnik der Tore und der Pontons. Das hier allein streitgegenständliche Los 1 („Neubau [...] Schleusenkammer“) umfasst demgegenüber den Hauptteil des Vorhabens, insbesondere den Bau der Schleusenhäupter und der Schleusenkammer, die Stahlwasserbauarmierung der Schiebetore, Schiebeterantriebe, Steuerungs- und Elektrotechnik der Schleusenanlage und Anpassung des [...] Vorhafens.

Die Vergabeunterlagen für Los 1 enthalten unter anderem Besondere Vertragsbedingungen sowie eine Leistungsbeschreibung bestehend aus einer Baubeschreibung für Los 1 (mit ca. 750 Seiten) einschließlich Anlagen (Plänen/Zeichnungen, Gutachten etc.) und einem Leistungsverzeichnis (mit ca. 3170 Seiten) sowie Anlagen für Bieterangaben und „Sonstige

Anlagen“ (Formblatt 411-B). Die Vergabeunterlagen wurden – insbesondere aufgrund von Bieterfragen bzw. -rügen – durch eine Reihe von Nachsendungen geändert.

Im Kapitel 1 („Allgemeine Beschreibung der Bauleistungen“) unter Abschnitt 1.2.2 („Gliederung der Ausschreibungsunterlage“) der Baubeschreibung heißt es in Ziffer 1.2.2.3 („Schnittstellen zwischen Los 1 und Los 2“) in ihrer aktuellen Fassung unter anderem:

„Die sich aus der vertraglichen Leistungsbeschreibung im Einzelnen ergebenden Schnittstellen lassen sich hinsichtlich der nachfolgend benannten Bauteile im Rahmen einer groben Übersicht wie nachfolgend darstellen: Entsprechend dieser vertraglichen Leistungsbeschreibung ist eine funktionsfähige Gesamtanlage zu liefern.“

Es folgt eine kurze tabellarische Auflistung, in der für die Bauteile Oberwagen, Unterwagen und Schiebetor aufgelistet ist, welche Teile dem Los 1 und welche dem Los 2 zugeordnet sind, z.B. für das Bauteil Schiebetor die Kenterrolle dem Los 1 und die Kenterrollenschiene dem Los 2.

Unter Abschnitt 1.2.3 („Überblick über die auszuführenden Leistungen“) heißt es in Ziffer 1.2.3.2 („Stahlwasserbau und Antriebe“) jeweils für die Bereiche „Stahlwasserbau“ und „E-Technik“:

„Für die nachstehend genannten Baugruppen sind vom Auftragnehmer [insbesondere] folgende Leistungen zu erbringen:

- *Technische Bearbeitung ...*
- *Materialbeschaffung*
- *Herstellung, Prüfungen, Zusammenbau*
- *...*

Die Beschreibung an dieser Stelle soll nur einen Überblick über die auszuführenden Leistungen geben. Folgende Baugruppen sind zu liefern:

- *...“*

Unter Abschnitt 1.3 („Ausgeführte Vorarbeiten“) heißt es in Ziffer 1.3 der Baubeschreibung:

„Im Zuge der Vorbereitung der Baumaßnahme wurden zahlreiche Voruntersuchungen, wie z.B. Baugrunduntersuchungen, geotechnische Gutachten, Schadstoffuntersuchungen, Untersuchungen zu Seegangs- und Wellenparametern etc. durchgeführt.

Eine vollständige Auflistung dieser Untersuchungen enthält Kap. 5.2.1.

Diese Unterlagen befinden sich auf der der Ausschreibung beiliegenden CD.“

In Kapitel 2 („Beschreibung der örtlichen Verhältnisse“) der Baubeschreibung heißt es im Abschnitt 2.1 („Baufeld übergreifende Angaben“) unter Ziffer 2.1.3 („Gewässer“) unter anderem:

„...“

Eisverhältnisse

Beeinträchtigungen der Bauarbeiten durch Eis sind zu berücksichtigen.

Lastangaben sind dem Lastenheft (siehe Anlage) zu entnehmen.

Die Baustelle ist so einzurichten und zu unterhalten, dass keine Eisschäden auftreten können. Die Kosten für alle erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung von Eisschäden sind in die Baustelleneinrichtungskosten einzurechnen.

...“

In Ziffer 2.1.4 („Hoch- und Niedrigwasserrisiko“) heißt es unter anderem:

„...“

Die Sicherung der Baustelle gegen Hochwasser ist Sache des Auftragnehmers. Alle erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung von Hochwasserschäden, zur Sicherung der Baustelle bis zu einem Wasserstand von HHT_{hw} NHN +5,42 m sind in die Position der Baustelleneinrichtung einzurechnen. Alle erforderlichen Maßnahmen zur Weiterführung der Arbeiten auf der Schleuseninsel (ausgenommen Nordkaje) bis zu einem Wasserstand von NHN +4,0 m sind in die Position der Baustelleneinrichtung einzurechnen.

...“

In Kapitel 3 („Angaben zur Ausführung der Bauleistungen“) der Baubeschreibung heißt es in Ziffer 3.3.4 („Strom- und schiffahrtspolizeiliche Auflagen“) unter anderem:

„Sämtliche mit der Erfüllung der nachfolgend aufgeführten Punkte verbundenen Aufwendungen sind, wenn nicht in gesonderter Leistungsposition aufgeführt, in die Einheitspreise einzukalkulieren.

Allgemeines:

- ...*
- Das Wasser- und Schifffahrtsamt kann dem Unternehmer anordnen, den Betrieb einzuschränken oder einzustellen, wenn die Leichtigkeit und Sicherheit des Schiffsverkehrs nicht mehr gewährleistet ist. Soweit derartige Anordnungen über die in Ziff. 3.3.3 bezeichneten Maßnahmen (insb. bei Nebel und sonstigen Sichtweiten unter 600 m, Windstärken über 8 Bft.) hinausgehen, kann der Auftragnehmer hierfür eine gesonderte Vergütung beanspruchen.*
- ...“*

In Ziffer 3.3.3 („Schiffsverkehr“) heißt es:

„Sämtliche Maßnahmen zur Regelung des Schiffsverkehrs auf dem [...] werden vom AG veranlasst und überwacht. ...

Genauere Informationen zum Schiffsverkehr und zu den diesbezüglichen Rahmenbedingungen können vom AN im Vorfeld eingeholt werden. Der AN hat eigenverantwortlich die erforderlichen Informationen zur Koordinierung der Freihaltvorgänge und Minimierung der Freihaltedauern einzuholen.

Der Baustellenverkehr hat sich dem Schiffsverkehr (Schleusenbetrieb) unterzuordnen, d.h. ggf. sind das Fahrwasser bzw. die Schleuseneinfahrten bei Schiffspassagen zu räumen. ...

Bei Nebel und sonstigen Sichtweiten unter 600 m sowie bei Windstärken über 8 Bft. ist mit Ausfallzeiten zu rechnen (s. Kapitel 2.1.6). Der Schleusenvorhafenbereich ist dann zu räumen. Regelmäßige Schiffspassagen unterschiedlicher Schiffstypen in der für den [...] typischen Größenordnung sind üblich. Behinderungen hieraus sind einzurechnen und werden nicht gesondert vergütet.

In Abschnitt 3.15 („Sicherungsmaßnahmen“) der Baubeschreibung heißt es unter Ziffer 3.15.1 („Allgemeines“):

„Der AN hat sämtliche Anlagen, Leitungen und zu erhaltende Bestandsbebauungen gegen Beschädigungen zu sichern und zu schützen. Die hierfür erforderlichen Maßnahmen werden dem AN nicht gesondert vergütet und sind somit in die Einheitspreise einzurechnen. ...“

In Ziffer 3.15.3 („Verteidigung bei Sturmfluten“) in der aktuellen Fassung heißt es:

„Der AN ist zur Verteidigung der Baustelle bei Sturmfluten gemäß den Anweisungen des AG verpflichtet.

...

Die Kosten für die nach Kap. 3.15.3 erforderlichen Leistungen hat der Auftragnehmer, soweit hierfür nicht gesonderte Leistungspositionen aufgeführt sind, in die Einheitspreise einzukalkulieren. Bei Sturmflutereignissen mit einem Wasserstand von mehr als HHThw NHN +5,42 m und Maßnahmen, die über die bei solchen Sturmflutereignissen unter Berücksichtigung der Baustellenverhältnisse vorhersehbaren Anweisungen und Maßnahmen hinausgehen, kann der Auftragnehmer eine gesonderte Vergütung beanspruchen.“

Die Besonderen Vertragsbedingungen für Los 1 (BVB) enthalten unter anderem folgende Regelungen:

„1 Vertragsbestandteile (§ 1 VOB/B)

Bestandteile dieses Vertrages sind in der nachgenannten Reihen- und Rangfolge:

1.1.1 *das Auftragschreiben*

...

1.1.4 *die Baubeschreibung einschließlich sämtlicher Zeichnungen und aller sonstigen der Ausschreibung beigefügten Unterlagen*

1.1.5 *das Leistungsverzeichnis*

1.1.6 *die Besonderen Vertragsbedingungen (BVB)*

...

1.3 *Die verschiedenen Bestandteile dieses Vertrages sind als „sinnvolles Ganzes“ auszulegen. Widersprüche zwischen einzelnen Vertragsbestandteilen und -unterlagen sind nach allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung aufzulösen. Nur wenn gleichwohl noch unauflösbare Widersprüche verbleiben, gelten die Vertragsbestandteile und -unterlagen vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Vereinbarungen in der vorstehend unter Ziffer 1.1 bezeichneten Reihenfolge.*

...

- 1.5 *Die Leistungsbeschreibung im Leistungsverzeichnis ist nicht abschließend, sondern wird durch die übrigen Vertragsbestandteile, insbesondere die Baubeschreibung ergänzt. Die in dem Leistungsverzeichnis beschriebenen Leistungen umfassen auch sämtliche in der Baubeschreibung beschriebenen Leistungen des Auftragnehmers, insbesondere Anforderungen an die Konstruktion und Bauausführung sowie die daraus resultierenden Aufwendungen, auch wenn in dem Leistungsverzeichnis hierauf nicht ausdrücklich Bezug genommen wird, unabhängig davon, ob es sich um besondere Leistungen oder Nebenleistungen im Sinne der VOB/C handelt.*

...

2 *Leistungsumfang des Auftragnehmers (§§ 1, 3 VOB/B)*

- 2.1 *Der Auftragnehmer verpflichtet sich, das vertragsgegenständliche Bauvorhaben nach Maßgabe dieses Vertrages mangelfrei, vollständig und zur vertraglich vorgesehenen Nutzung betriebsbereit und funktionsfähig herzustellen und die hierfür noch erforderlichen Planungs-, Liefer- und Bauleistungen zu erbringen.*

Zum Leistungsumfang des Auftragnehmers gehören ferner sämtliche Leistungen des Stahlwasserbaus, des Maschinenbaus und der Elektrotechnik/Steuerungstechnik, soweit sie nach der der Beauftragung zugrunde liegenden Ausschreibung nicht ausdrücklich dem Auftragnehmer Los 2 übertragen wurden.

...

5 *Vergütung (§ 2 VOB/B)*

- 5.1 *Die vereinbarten Einheitspreise sind Festpreise. Die §§ 2 Abs. 3, 5 und 6 VOB/B bleiben unberührt.*

Durch die Einheitspreise sind jeweils sämtliche bezüglich der Erbringung der Leistungen in den verschiedenen Vertragsbestandteilen, insbesondere in der Baubeschreibung beschriebenen Leistungen, abgegolten, auch wenn insoweit eine ausdrückliche Bezugnahme im Leistungsverzeichnis oder in der Baubeschreibung etc. nicht erfolgt ist.

Dies gilt insbesondere auch für die für die Erbringung dieser Leistungen erforderlichen besonderen Leistungen im Sinne der VOB/C. Abgegolten werden hiermit insbesondere auch das Demontieren, Herstellen, Liefern, Bearbeiten und Montieren der Bauteile und Stoffe, sofern hierfür in dem Leistungsverzeichnis nicht gesonderte Positionen ausgewiesen sind. Dies gilt insbesondere auch für die jeweils erforderlichen Baubehelfe (Kap. 3.9 der Baubeschreibung) und Winterbaumaßnahmen (Kap. 3.10 der Baubeschreibung) und Maßnahmen zur Hochwassersicherung.“

In Ziffer 8.1 der BVB sind elf Ausführungsfristen für die Fertigstellung bestimmter Teilbereiche des Vorhabens genannt, jeweils in Monaten nach Beauftragung bemessen.

Im Leistungsverzeichnis heißt es zu Beginn auf Seite 8 unter anderem:

„Die folgenden Hinweise beziehen sich auf alle Abschnitte des Leistungsverzeichnisses:

...

Die Vorgaben in der Baubeschreibung, insbesondere Kapitel 3 und 4, sind zu beachten. Der AN hat sämtliche in diesem Leistungsverzeichnis, in der Baubeschreibung, in den vertraglichen Plänen und in allen übrigen Vertragsgrundlagen aufgeführten Leistungen sowie alle hierfür erforderlichen Leistungen zu erbringen – unabhängig davon, ob es sich um besondere Leistungen oder Nebenleistungen im Sinne der VOB/C handelt. Insbesondere wird vom AN auch das Demontieren, Herstellen, Liefern, Bearbeiten und Montieren der Bauteile und Stoffe geschuldet. Dies gilt insbesondere für die jeweils erforderlichen Baubehelfe (Kapitel 3.9 der Baubeschreibung) und Winterbaumaßnahmen (Kapitel 3.10 der Baubeschreibung).“

Der Passus findet sich zudem in einer Vielzahl von Einzelabschnitten des Leistungsverzeichnisses.

Die Ag stellte allen interessierten Unternehmen mehrfach Auflistungen gestellter Bieterfragen und der dazugehörigen Antworten der Ag zur Verfügung. Mit Nachsendung vom 1. Juli 2013 wurden unter anderem die Informationen zu folgenden Bieterfragen mitgeteilt:

Bieterfrage Nr. 8:

... Durch die vorzitierten Regelungen wird der beabsichtigte detaillierte Einheitspreisvertrag quasi zu einem funktionalen Pauschalvertrag umgewandelt, bei dem die einzige Variable die Leistungsmenge ist, im Übrigen aber umfassend alles geschuldet wird und mit der angebotenen Vergütung vollständig abgegolten ist. Dies dürfte mit § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A nicht in Einklang stehen. Wir bitten deshalb um Mitteilung, wie die vorzitierten Regelungen der BVB Los 1 in einem vergaberechtskonformen Sinne zu verstehen sind.

Antwort:

Gemäß Ziffer 1.3 der BVB Los 1 ... sind die verschiedenen Bestandteile des Vertrages als „sinnvolles Ganzes“ auszulegen. Nur wenn gleichwohl unauflösbare Widersprüche verbleiben, gilt die unter Ziffer 1.1 bezeichnete Reihenfolge der verschiedenen Vertragsbestandteile.

Die Baubeschreibung hat daher nicht grundsätzlich Vorrang, vielmehr sind Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis einheitlich auszulegen. Wenn daher Ziffer 1.5 der BVB Los 1 ... bestimmt, dass die im Leistungsverzeichnis beschriebenen Leistungen auch die insoweit in der Baubeschreibung beschriebenen Leistungen umfassen, dient dies lediglich zur Klarstellung des Leistungsumfangs, der sowohl in der Baubeschreibung als auch im Leistungsverzeichnis eindeutig und erschöpfend beschrieben wird. Aus Ziffer 5.1, 2. Absatz der BVB Los 1 ergibt sich insoweit nichts anderes. Dort wird klargestellt, dass durch die Einheitspreise die Erbringung der Leistungen abgegolten wird, die in den verschiedenen Vertragsbestandteilen, insbesondere in der Baubeschreibung beschrieben werden. Danach erstreckt sich der Abgeltungsumfang allein auf die in den verschiedenen Vertragsbestandteilen enthaltene Leistungsbeschreibung, die im Sinne von § 7 EG Abs. 1

Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A hinreichend ist. Dementsprechend ist ein Verstoß gegen diese Regelung nicht zu erkennen.

Bieterfrage Nr. 9:

... Sturmfluten, insbesondere schwere Sturmfluten, stellen ein objektiv unabwendbares und vom Auftragnehmer nicht zu vertretendes Ereignis dar, sodass bei hierdurch erfolgten Beschädigungen und Zerstörungen der erbrachten Leistungen dieser an sich Vergütungsansprüche nach §§ 7 Abs. 1, 6 Abs. 5 VOB/B hat. ... Insoweit möchten wir Sie bitten, ... bekanntzugeben, welche konkreten Maßnahmen je Hochwasserereignis pro Phase des Bauablaufs eingerechnet werden sollen.

Antwort:

... Welche konkreten Maßnahmen in welcher Phase des Bauablaufs jeweils erforderlich sind, hängt von der jeweiligen Baustelleneinrichtung und dem Bauablauf ab. Beides ist vom Auftragnehmer im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen in eigener Verantwortung zu planen, so dass der Auftraggeber nicht in der Lage ist zu bestimmen, welche Maßnahmen jeweils erforderlich sind.

Frist für die Abgabe der Angebote ist der 26. September 2013.

Mit Schreiben vom 4. Juli 2013 rügte die ASt, dass die ausgeschriebene Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben sei und bezog sich dazu insbesondere auf die Antworten der Ag zu Bieterfrage 8 und 9 in der Nachsendung vom 1. Juli 2013 in Verbindung mit den dort angesprochenen Regelungen der BVB, auf Ziffer 2.1 und 5.1 BVB sowie die Formulierung im Leistungsverzeichnis auf Seite 8. Mit Schreiben vom 12. Juli 2013 teilte die Ag der ASt mit, dass sie eine Anpassung der Vergabeunterlagen nicht vornehmen werde.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 26. Juli 2013 rügte die ASt des Weiteren, dass Regelungen in Ziffer 1.2.2.3, 1.2.3.2, 1.3.1, 2.1.3, 3.3.4 und 3.1.5 der Baubeschreibung ebenfalls nicht dem Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung genügten.

Mit Schreiben vom 26. Juli 2013 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 29. Juli 2013 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend, dass Bestandteile der Leistungsbeschreibung in Verbindung mit Regelungen der BVB das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der Leistung verletzen und zu einer unzulässigen Risikoübertragung auf die Bieter führen würden. Durch „Öffnungsklauseln“ werde der

Leistungsumfang, der mit den vertraglichen Einheitspreisen vergütet werden sollte, erweitert, ohne dass die Bieter in der Angebotsphase, in der sie Planungsleistungen weder erbringen könnten noch sollten, die insoweit unbestimmten Leistungserweiterungen abschätzen könnten. Den Bietern sei es daher nicht möglich, ihre Angebote auf Basis einer klaren Kalkulationsgrundlage abzugeben; der Zweck, die Vergleichbarkeit der Angebote zu sichern, werde durch die Vergabeunterlagen der Ag nicht gewährleistet. Die Ag versuche, die eigene Planungsverantwortung bzw. das Planungs- und Vollständigkeitsrisiko auf die Bieter abzuwälzen. Die Bieter müssten sich jedoch bei der Kalkulation der Einheitspreise darauf verlassen können, dass die Beschreibung der Leistung vollständig und zutreffend sei und nicht weitere, möglicherweise „vergessene“, aber erforderliche Leistungen einzukalkulieren seien, wie dies auf der Grundlage der „Öffnungsklauseln“ in der Baubeschreibung und den leistungsbeschreibenden Elementen der Besonderen Vertragsbedingungen gerade der Fall sei. Die Vergaberechtmäßigkeit ergebe sich aus den folgenden Teilen der Vergabeunterlagen.

Aus der Antwort der Ag zu Bieterfrage Nr. 8 und insbesondere den Regelungen in den Ziffern 1.5 und 5.1 BVB ergebe sich, dass die Bieter sich aus den verschiedenen Vertragsbestandteilen selbst heraussuchen müssten, welche Leistungen, für die im Leistungsverzeichnis überhaupt keine Positionen vorgesehen seien und die auch nicht als bloße Nebenleistungen ohnehin Bestandteil der vertraglich geschuldeten Leistung seien, sich aus den weiteren Vertragsbestandteilen ergeben und zur geschuldeten Leistung zählen würden. Bieter müssten neben der Baubeschreibung auch die Gutachten, Dokumentationen, Lastenhefte, Zeichnungen, Bestandspläne, Leistungsübersichten und Gefährdungsbeurteilungen auf Leistungen überprüfen, die nach der Vorstellung der Ag von den im Leistungsverzeichnis anzugebenden Einheitspreisen umfasst sein sollten. Ihrer Verpflichtung, die geforderte Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, sei die Ag nicht nachgekommen, wenn sie die Bieter im Ergebnis auf ein „Durchsuchen“ sämtlicher von ihr vorgesehener Vertragsbestandteile verweist. Die Rechtsprechung des BGH zur Auslegung des Vertrages nach Vertragsschluss sei entgegen der Auffassung der Ag nicht einschlägig, da es hier um die vergaberechtlichen Anforderungen an eine Leistungsbeschreibung im der Auftragsausführung vorgelagerten Vergabeverfahren und damit vor Vertragsschluss gehe.

In Ziffer 2.1.4 der Baubeschreibung habe die Ag vorgegeben, dass die Sicherung der Baustelle gegen Hochwasser und die erforderlichen Maßnahmen zur Weiterführung der Arbeiten bis zu einem gewissen Wasserstand Sache des Auftragnehmers seien und in die Position der Baustelleneinrichtung einzurechnen seien. Konkrete Maßnahmen des Hochwasserschutzes

habe die Ag jedoch nicht beschrieben, jedenfalls was den Baustellenbereich bzw. das Baufeld vor der Hochwasserschutzlinie betreffe. Hier komme sie ihrer Beschreibungspflicht überhaupt nicht nach. Soweit die Ag in ihrer Antwort zu Bieterfrage Nr. 9 angebe, die erforderlichen Hochwasserschutzmaßnahmen nicht beschreiben zu können, weil sie von der jeweiligen Baustelleneinrichtung und dem Bauablauf der Bieter abhängen würden, sei dies nicht richtig. Vielmehr habe die Ag unter Ziffer 8.1 BVB elf Zwischentermine als verbindliche Ausführungsfristen sowie unter Ziffer 3.2 der Baubeschreibung eine Vielzahl von Vorgaben für den Bauablauf vorgesehen, so dass Freiräume des Auftragnehmers kaum bestünden. Die Ag versuche wohl, das Risiko von Hochwasserschäden innerhalb der Bauzeit von mehr als sieben Jahren auf die Bieter abzuwälzen. Welche Hochwasserschutzmaßnahmen während der langen Vertragslaufzeit tatsächlich erforderlich seien, lasse sich von den Bietern nicht kalkulieren. Die Regelung in Ziffer 2.1.4 der Baubeschreibung verstoße daher gegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Zumindest müsse die Ag den Bietern einheitliche Annahmen für die Kalkulation der Leistung zur Verfügung stellen. Da dies nicht geschehen sei, verstoße die Ag auch gegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

Soweit die Ag mit Ziffer 2.1 BVB die Bieter verpflichten wolle, das Bauvorhaben „betriebsbereit und funktionsfähig“ herzustellen, und in Ziffer 5.1 BVB regele, dass durch die Einheitspreise sämtliche Leistungen abgegolten sein sollten, stelle dies eine unzulässige Risikoverlagerung auf die Bieter dar sowie einen Verstoß gegen die Verpflichtung der Ag, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Die vorgesehene Regelung („betriebsbereit und funktionsfähig“) ergebe nur dann einen Sinn, wenn die von der Ag in der Baubeschreibung und dem Leistungsverzeichnis konkret beschriebenen Leistungen nicht ausreichend seien, um das Bauvorhaben zur vertraglich vorgesehenen Nutzung betriebsbereit und funktionsfähig herzustellen bzw. die Ag dieses zumindest befürchte.

Auch soweit in Ziffer 2.1 BVB geregelt sei, dass sämtliche Leistungen des Stahlwasserbaus, des Maschinenbaus und der Elektrotechnik/Steuerungstechnik zum Leistungsumfang des Loses 1 gehörten, soweit sie nach der der Beauftragung zugrunde liegenden Ausschreibung nicht ausdrücklich dem Auftragnehmer Los 2 übertragen worden seien, sei die Leistung nicht hinreichend eindeutig und erschöpfend beschrieben. Ein Bieter für Los 1 sei danach gehalten, anhand der Ausschreibung für das Los 2 zu überprüfen, welche Leistungen dort „ausdrücklich“ dem dortigen Auftragnehmer übertragen würden. Eine solche Beschreibung, die dem Bieter die „Ermittlung“ des Leistungsumfangs aufbürde, sei nicht geeignet, geforderte Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und miteinander vergleichbare Angebote

hervorzubringen. Sie stelle zudem eine unzulässige Risikoverlagerung für die Bieter dar. Zudem entspreche die Regelung nicht § 8 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A, wonach Regelungen zum Leistungsumfang nicht in Besonderen Vertragsbedingungen vorzusehen seien.

Auch die Regelung in Ziffer 5.1 BVB, dort Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1, verstoße für sich genommen gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung. Durch die Regelung würde der Bieter bereits im Rahmen der Angebotsbearbeitung gezwungen, sämtliche Vertragsbestandteile, also z.B. auch die diversen beigefügten Gutachten, Dokumentationen etc. darauf zu untersuchen, ob sich aus den verschiedenen Vertragsbestandteilen Leistungen ergeben, und zwar selbst dann, wenn weder im Leistungsverzeichnis noch in der „Baubeschreibung etc.“ eine ausdrückliche Bezugnahme erfolgt sei. Wenn Bieter vermeintlich abgefragte Leistungen aus einer Gesamtheit von Unterlagen „herausfiltern“ sollten und diese „verstreuten“ Leistungen irgendwie in die vorgegebenen Einheitspreispositionen „einkalkuliert“ werden sollten, habe dies mit einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung nichts mehr zu tun. Insbesondere bei einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis sei es vergaberechtlich unzulässig, vermeintlich erforderliche Leistungen, die nicht Nebenleistungen im Sinne der VOB/C seien, nicht zu beschreiben und für diese Leistungen keine Positionen im Leistungsverzeichnis vorzusehen; den Bietern würde keine klare Kalkulationsgrundlage gegeben und es würden ihnen Risiken auferlegt, die aufgrund der Planungsverantwortung und Beschreibungspflicht der Auftraggeber zu tragen habe. Die Beschreibungspflicht gelte selbstverständlich auch für sog. Besondere Leistungen. Sie würden nur dann nach VOB/C zum geschuldeten Bausoll gehören, wenn sie in der Leistungsbeschreibung besonders erwähnt seien; „besondere Erwähnung“ bedeute die Erfassung in Positionen des Leistungsverzeichnisses. Die Regelung in Ziffer 5.1 BVB entspreche im Übrigen auch nicht § 8 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A, da Regelungen zur Vergütung nicht in Besonderen Vertragsbedingungen vorzusehen seien.

Auch die Regelung auf Seite 8 des Leistungsverzeichnisses, wonach vom Auftragnehmer sämtliche im Leistungsverzeichnis, in der Baubeschreibung, in den vertraglichen Plänen und in allen übrigen Vertragsgrundlagen aufgeführten Leistungen sowie alle hierfür erforderlichen Leistungen zu erbringen seien, unabhängig davon, ob es sich um besondere Leistungen oder Nebenleistungen im Sinne der VOB/C handeln würde, führe dazu, dass die Leistungsbeschreibung nicht den Vorgaben des § 7 EG VOB/A entspreche. Soweit danach alle erforderlichen, d.h. auch nicht beschriebene Leistungen zum Leistungsumfang gehören sollten, entspreche dies bei einer Vergabe im Wege der „Leistungsbeschreibung mit

Leistungsverzeichnis“ (§ 7 EG Abs. 9 bis 12 VOB/A) nicht dem bei dieser Ausschreibungsart besonders ernst zu nehmenden Gebot der Eindeutigkeit und Transparenz der Leistungsbeschreibung. Gerade bei einer solchen Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis, die bereits das Vorliegen einer detaillierten Ausführungsplanung seitens des Auftraggebers voraussetze und bei der die Bieter im Unterschied zu einer Ausschreibung mit Leistungsprogramm keine eigenen Planungsleistungen erbringen würden, dürfe der Auftraggeber sein Risiko für die Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung nicht durch „Vollständigkeitsklauseln“ auf den Bieter abwälzen. Die Ag habe das Risiko der Vollständigkeit und Fehlerfreiheit der Vergabeunterlagen zu tragen (vgl. § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 und 3 VOB/A). Vergaberechtswidrig sei im Übrigen auch, wenn die Ag mit der Regelung erneut versuche, auch besondere Leistungen nach VOB/C ohne deren ausdrückliche Beschreibung zur Vertragsleistung zu machen.

Des Weiteren enthalte die Baubeschreibung eine Vielzahl von Regelungen, bei denen im Zusammenhang mit der Leistungsbeschreibung durch den Auftragnehmer durch die Verwendung von Begriffen wie „insbesondere“ oder durch Verweis auf eine „betriebsbereite und funktionsfähige Herstellungspflicht“ das dem Auftraggeber obliegende Planungsrisiko auf den Bieter bzw. späteren Auftragnehmer übertragen werden soll.

So sei die Beschreibung der Schnittstellen zwischen Los 1 und Los 2 in Ziffer 1.2.2.3 der Baubeschreibung – auch in ihrer aktuellen Fassung – nicht eindeutig und erschöpfend. Abgesehen davon, dass Ziffer 2.1 BVB insoweit unverändert bleibe, werde die Verbindlichkeit der Angaben in Ziffer 1.2.2.3 der Baubeschreibung aufgrund des Zusatzes „im Rahmen einer groben Übersicht“ nahezu vollständig relativiert. Anstelle einer konkreten, abschließenden Beschreibung der Schnittstellen verweise die Ag auf „die sich aus der vertraglichen Leistungsbeschreibung im Einzelnen ergebenden Schnittstellen“. Zudem solle der Bieter bzw. Auftragnehmer des Loses 1 mit der Formulierung „funktionsfähige Gesamtanlage“ trotz Ausschreibung in Losen und mit einer konstruktiven Leistungsbeschreibung für die Funktionsfähigkeit der Gesamtanlage verantwortlich gemacht werden. Vermutlich sei die Ag selbst nicht in der Lage, die Schnittstellen klar zu definieren, und wolle das Risiko der eindeutigen Leistungsbeschreibung auf den Bieter übertragen.

Soweit die Ag in Ziffer 1.2.3.2 der Baubeschreibung angebe, dass für die „nachstehend genannten Baugruppen vom Auftraggeber insbesondere folgende Leistungen zu erbringen seien, und es weiter heiße, dass die Beschreibung „nur einen Überblick über die

auszuführenden Leistungen“ gebe und „folgende Baugruppen insbesondere zu liefern seien“, lasse es die Ag ebenfalls an einer klaren und unmissverständlichen, vollständigen Leistungsbeschreibung fehlen. Es handele sich auch hier um den Versuch, mögliche Lücken auf Kosten des Auftragnehmers zu schließen.

Indem die Ag in Ziffer 1.3.1 der Baubeschreibung unter Verweis auf Ziffer 5.2.1 angebe, dass im Zuge der Vorbereitung der Baumaßnahmen zahlreiche Voruntersuchungen durchgeführt und die im Einzelnen in Ziffer 5.2 aufgeführten Unterlagen auf der den Ausschreibungsunterlagen beigefügten Daten-CD abgelegt worden seien, solle das Risiko der vollständigen und richtigen Auswertung der Gutachten auf die Bieter verlagert werden. Dies sei ebenfalls nicht mit dem Gebot einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung vereinbar.

Gleiches gelte für die Regelungen in Ziffer 2.1.3 der Baubeschreibung zum Unterpunkt „Eisverhältnisse“. Danach hätten Bieter Beeinträchtigungen der Bauarbeiten durch Eis zu berücksichtigen und sei die Baustelle so einzurichten, dass keine Eisschäden auftreten könnten; die „Kosten für alle erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung von Eisschäden“ seien in die Baustelleneinrichtungskosten einzurechnen. Die Ag hätte vielmehr angeben müssen, welche Maßnahmen aus ihrer Sicht erforderlich seien, um die genannten Eisschäden zu vermeiden. Indem sie dies nicht tue, entziehe sie sich wiederum unzulässigerweise ihrer Planungsverantwortung und Beschreibungspflicht.

Die Regelung der Ziffer 3.3.4 der Baubeschreibung in ihrer aktuellen Fassung sei bereits deshalb nicht nachvollziehbar, weil der Anspruch des Auftragnehmers auf besondere Vergütung danach überhaupt nur in Betracht komme, wenn Anordnungen des Wasser- und Schifffahrtsamts über die in Ziffer 3.3.3 bezeichneten Maßnahmen hinausgingen. Ziffer 3.3.3 spreche jedoch im ersten Satz von sämtlichen Maßnahmen zur Regelung des Schiffsverkehrs, die vom Auftraggeber veranlasst werden, so dass kein Anwendungsbereich für eine besondere Vergütung nach Ziffer 3.3.4 verbleibe. Zudem ergebe sich ein Widerspruch mit Absatz 4 der Ziffer 3.3.3, wonach „Behinderungen einzurechnen sind und nicht gesondert vergütet werden“. Schließlich beschreibe die Ag nicht den zu erwartenden Schiffsverkehr, sondern verweise in Ziffer 3.3.3 lediglich auf die Möglichkeit der Einholung genauerer Informationen nach Auftragserteilung.

Gemäß Ziffer 3.15.1 und 3.15.3 der Baubeschreibung habe der Auftragnehmer sämtliche Anlagen, Leitungen und zu erhaltende Bestandsbebauungen gegen Beschädigungen zu

sichern und zu schützen bzw. die Baustelle gemäß den Anweisungen des Auftraggebers bei Sturmflut zu verteidigen und müsse die dafür erforderlichen Maßnahmen in die Einheitspreise einrechnen. Auch hier könnten die Bieter Gegenstand, Art und Umfang der Leistung nicht zweifelsfrei erkennen.

Entgegen der Auffassung der Ag sei der Nachprüfungsantrag auch zulässig. Insbesondere sei die ASt antragsbefugt. Denn sie habe dargelegt, dass eine Verletzung der bieterschützenden Vorschriften des § 7 EG VOB/A vorläge, und insbesondere auf konkrete Regelungen und Formulierungen in den Vergabeunterlagen Bezug genommen. Auch habe die ASt ihre Rügeobliegenheit erfüllt; insbesondere hätte das Rügeschreiben vom 4. Juli 2013 den inhaltlichen Anforderungen an eine Rüge genügt. Dies zeige auch, dass die Ag in der Lage gewesen sei, sich in ihrem Antwortschreiben mit den Beanstandungen auseinanderzusetzen. Der gerügte Vergabeverstoß bestehe vorliegend in der Verletzung des Gebots einer eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der Leistung, der damit verbundenen unzulässigen Risikoübertragung auf die Bieter und der damit ebenfalls verbundenen Zweckverfehlung, durch eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung der Leistung die Vergleichbarkeit der Angebote zu sichern und den Bietern eine klare und eindeutige Kalkulationsgrundlage zu liefern; die einzelnen von der ASt genannten Textpassagen der Leistungsbeschreibung und der BVB würden die Begründung für den Verstoß darstellen.

Die ASt beantragt,

1. festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist;
2. der Ag zu untersagen, eine Zuschlagserteilung auf der Grundlage der derzeit vorliegenden Vergabeunterlagen vorzunehmen; die Ag wird verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen und – bei Fortbestehen der Vergabeabsicht – die Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten und interessierte Unternehmen erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern;
3. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen;
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt notwendig war;
5. der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten der Ag zu gewähren.

Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war;
3. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig. Der ASt fehle die erforderliche Antragsbefugnis. Denn sie habe lediglich pauschal angebliche Verstöße gegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 bis 3 VOB/A behauptet, ohne dies in geeigneter Weise zu substantiieren bzw. sich daraus ergebende subjektive Rechtsverletzungen darzulegen. Es fehle an einer schlüssigen und substantiierten Darlegung eines Sachverhalts, der einen objektiven Verstoß gegen die zitierten Normen begründe; eine nachvollziehbare Subsumtion lasse der Vortrag gänzlich vermissen. Ebenso fehle jede Darlegung einer subjektiven Rechtsverletzung, die aus entsprechenden Sachverhalten folgen könnte. Letztlich erfülle der Nachprüfungsantrag nicht einmal das Begründungserfordernis nach § 108 Abs. 2 GWB. Des Weiteren sei der Nachprüfungsantrag unzulässig, weil die ASt die im Nachprüfungsverfahren beanstandeten Verstöße gegenüber der Ag entweder noch gar nicht oder nicht hinreichend substantiiert gerügt habe. Gar nicht gerügt habe die ASt die im Nachprüfungsantrag im Zusammenhang mit der Bieterfrage Nr. 8 angeführte Regelung in Ziffer 1.5 BVB; ebenso wenig beanstandet worden sei in diesem Zusammenhang, dass die Baubeschreibung unzulässig sei, weil sie über eine allgemeine Darstellung des Bauauftrags hinausgehe, sowie die angeblich unzulässige Verortung von Regelungen der Vergütung (Ziffer 5.1 BVB) in den Besonderen Vertragsbedingungen. Gleiches gelte, soweit die ASt erst im Nachprüfungsantrag geltend mache, die Ag habe mit der Regelung in Ziffer 2.1.4 der Baubeschreibung das Hochwasserrisiko unzulässigerweise auf den Auftragnehmer verlagert. Auch in Bezug auf Ziffer 2.1 BVB habe die ASt eine angeblich unzulässige Risikoverlagerung nicht gerügt; in Bezug auf die Regelung sei lediglich die Leistungsabgrenzung von Los 1 und Los 2 thematisiert worden. Schließlich sei die angeblich unzulässige Verlagerung des Risikos der Vollständigkeit und Fehlerhaftigkeit der Vergabeunterlagen auf den Auftragnehmer von der ASt nicht gerügt worden. Nicht hinreichend substantiiert habe die ASt im Rügeschreiben vom 4. Juli 2013 dargelegt, inwieweit sie durch die angegriffenen Regelungen der Vergabe- und Vertragsunterlagen bzw. die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße in ihren Rechten verletzt sei. Schließlich fehle der ASt das Rechtsschutzbedürfnis, da sie keinen rügefähigen Sachverhalt und keine subjektive Rechtsverletzung dargelegt habe, worauf die Ag überhaupt

eine Entscheidung über die Abhilfe oder Nichtabhilfe habe treffen können. Die erst mit Schreiben vom 26. Juli 2013 gerügten Verstöße seien im Übrigen verspätet.

Der Nachprüfungsantrag sei im Übrigen unbegründet. Die Vergabeunterlagen würden in jeder Hinsicht der Vorgabe einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung im Sinne des § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A genügen. Gerade um eine einwandfreie Preisermittlung für die Bieter zu ermöglichen, habe die Ag gemäß § 7 EG Abs. 1 Nr. 2 VOB/A alle die Preisermittlung beeinflussenden Umstände festgestellt und in den Vergabeunterlagen, insbesondere in der Leistungsbeschreibung und ihren einzelnen Bestandteilen angegeben. Die Ag habe eine umfangreiche und umfassende Leistungsbeschreibung erstellt, die sich aus der Baubeschreibung einschließlich umfangreicher Anlagen (unter anderem Pläne, Zeichnungen, Gutachten und Dokumentationen), dem Leistungsverzeichnis sowie den Anlagen für Bielereintragungen und sonstigen Anlagen zusammensetze. Die Ag habe in Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis sowie den dazugehörigen Plänen die im Vorfeld von ihr beauftragten Gutachten und erstellten Dokumentationen bereits vollständig eingearbeitet.

Bei der Frage, wann eine Leistung eindeutig und erschöpfend beschrieben sei, sei auf einen durchschnittlichen und mit der Art der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Bieter abzustellen. Selbstverständliche fachliche Zusammenhänge, die für jeden Bieter offensichtlich seien oder von ihm ohne weiteres erkannt werden könnten, seien nicht eigens darzustellen und zu erläutern. Dabei seien neben den einzelnen möglichen Bestandteilen einer Leistungsbeschreibung, nämlich insbesondere dem Leistungsverzeichnis und der Baubeschreibung, auch die übrigen Vertragsbestandteile zu berücksichtigen. Dabei habe eine Auslegung der gesamten Umstände als „sinnvolles Ganzes“ stattzufinden. Auch erforderliche besondere Leistungen im Sinne der VOB/C seien nicht notwendigerweise ausdrücklich zu benennen oder gar in eigenen Positionen des Leistungsverzeichnisses aufzuführen, sofern sich aus den gesamten Vertragsumständen klar ergebe, also beschrieben sei, dass diese zum vertraglich geschuldeten Leistungsumfang gehörten.

Soweit sich die ASt auf Ziffer 5.1 und 1.5 BVB berufe, sei kein Verstoß gegen eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung festzustellen. Vielmehr stünden die Regelungen im Einklang mit der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Danach sei anerkannt, dass die Bieter verschiedene Unterlagen, nämlich insbesondere die Leistungsbeschreibung bestehend aus Leistungsverzeichnis und Baubeschreibung, aber auch die übrigen Vertragsbestandteile bei der Bestimmung des Leistungsumfangs durcharbeiten hätten.

Maßgeblich sei, dass sich die Leistung aus der Gesamtheit der Unterlagen hinreichend deutlich ergebe. Soweit die ASt meine, sie müsse sich – auch aufgrund von Ziffer 1.3.1 der Baubeschreibung – aus den beigefügten Gutachten und Dokumentationen Leistungen herausuchen, treffe dies nicht zu. In den Vergabeunterlagen seien die Ergebnisse der Gutachten und Dokumentationen an den maßgeblichen Stellen eingearbeitet. Sie seien lediglich bei der Auslegung des Leistungsumfangs zu berücksichtigen. Die darin enthaltenen zusätzlichen Informationen würden gerade dazu dienen, den Bietern eine bestmögliche Kalkulation zu ermöglichen.

Soweit die ASt unter Bezugnahme auf Ziffer 2.1.4 der Baubeschreibung behauptete, die erforderlichen Hochwasserschutzmaßnahmen seien nicht beschrieben, sei dies unzutreffend. Den Bietern stünden bei der Gestaltung des Bauablaufs und der Baustelleneinrichtung umfangreiche Freiheiten zu, aufgrund derer die erforderlichen Hochwasserschutzmaßnahmen von der Ag denklogisch nicht im Einzelnen (für alle Bieter einheitlich) abschließend konkret beschrieben werden könnten. Die Ag habe dennoch Angaben dazu gemacht unter Ziffer 3.20.3 („Bauzeitlicher Hochwasserschutz“) der Baubeschreibung und Abschnitt 6 des Leistungsverzeichnisses; zudem würden Ziffer 2.1.3 und 2.1.4 der Baubeschreibung umfassende Angaben zu Wasserständen enthalten.

Soweit die ASt die Regelung in Ziffer 2.1 der Baubeschreibung beanstandete, wonach die in Los 1 von den in Los 2 zu erbringenden Leistungen im Bereich des Stahlwasserbaus, des Maschinenbaus und der Elektrotechnik in Form einer Negativabgrenzung abgegrenzt würden, sei nicht ansatzweise nachvollziehbar, warum diese Abgrenzung gegen das Prinzip der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung verstoße.

Bei der Schnittstellenbeschreibung zwischen Los 1 und Los 2 in Ziffer 1.2.2.3 der Baubeschreibung handele es sich lediglich um eine überblicksartige Regelung im Rahmen der Einführung in das Bauvorhaben in der Baubeschreibung. Dies sei auch nochmal gegenüber allen Bietern im Schreiben vom 2. August 2013 klargestellt worden. Die konkreten Leistungspakete für Los 1 und Los 2 würden sich im Einzelnen aus den Leistungsbeschreibungen für die jeweiligen Lose ergeben. Soweit im Probetrieb konkrete Schnittstellen entstehen würden, seien diese für Los 1 in Kapitel 4.22 und 4.23 eindeutig und erschöpfend beschrieben. Um trotz der umfassenden Leistungsbeschreibung etwa im Schnittstellenbereich noch verbleibenden Unklarheiten entgegenzuwirken, sei der Leistungsumfang des Loses 1 gegenüber dem des Loses 2 in negativer Hinsicht abgegrenzt.

Sollte es sich bei im Zweifel durch den Auftragnehmer von Los 1 zu erbringenden Leistungen um solche handeln, die aus der vertraglichen Leistungsbeschreibung nicht zu ersehen gewesen seien, könne der Auftragnehmer hierfür eine gesonderte Vergütung verlangen.

Auch die Beanstandungen zu den Formulierungen auf Seite 8 des Leistungsverzeichnisses und den Regelungen in Ziffer 5.1. BVB seien nicht nachvollziehbar. Die Regelungen stellten lediglich im Einklang mit § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A klar, dass alle vertragsgegenständlichen Leistungen unabhängig davon zu erbringen seien, ob es sich um Neben- oder besondere Leistungen im Sinne der VOB/C handeln würde. Dabei werde ausdrücklich nur auf die „aufgeführten“ Leistungen bzw. die für die Erbringung der insgesamt „beschriebenen“ Leistungen erforderlichen besonderen Leistungen abgestellt. Nach der Rechtsprechung des BGH sei eine ausdrückliche Beschreibung besonderer Leistungen im Sinne einer besonderen Nennung dann nicht erforderlich, wenn sich aus den gesamten Vertragsumständen klar ergebe, dass die Leistung erforderlich sei. Nichts anderes ergebe sich aus den beanstandeten Regelungen.

Der Regelung in Ziffer 3.3.4 in Verbindung mit Ziffer 3.3.3 sei klar zu entnehmen, welche der dort beschriebenen Maßnahmen in die Einheitspreise einzukalkulieren seien und welche Maßnahmen zusätzlich vergütet würden. Insbesondere könne der Auftragnehmer eine gesonderte Vergütung bei Einschränkungen und Einstellungen des Betriebs der Baustelle beanspruchen, wenn diese außerhalb der zur Berücksichtigung des Schiffsverkehrs im Rahmen von Ziffer 3.3.3 erforderlichen Maßnahmen angeordnet würden. Dies sei für den Fall von Sichtweiten unter 600 m und Windstärken über 8 Bft. klargestellt worden. Zum zu erwartenden Schiffsverkehr seien im Übrigen keine genaueren Angaben möglich.

Bei der beanstandeten Regelung der Ziffer 1.2.3.2 der Baubeschreibung handele es sich lediglich um eine überblicksartige Einführung in das Vorhaben, so dass auch keine Beschreibungsdefizite vorliegen könnten.

Mit der Leistungsbeschreibung und den einzelnen Vertragsbestandteilen werde dem Auftragnehmer gemäß § 7 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auch kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss habe und deren Einwirkung auf die Preis und Fristen er nicht im Voraus schätzen könne. In Bezug auf die nach Ziffer 2.1.4 der Baubeschreibung einzukalkulierenden Hochwasserschutzmaßnahmen habe die Ag mit umfassenden Angaben zu den Hochwasserrisiken eine ausreichende

Kalkulationsgrundlage zur Verfügung gestellt. Es sei auch kein unzulässiges Risiko darin zu sehen, dass nach Ziffer 2.1 BVB das Bauvorhaben mangelfrei, vollständig und zur vertraglich vorgesehenen Nutzung betriebsbereit und funktionsfähig herzustellen sei. Dies entspreche vielmehr der Regelung des § 631 BGB. Darüber hinaus sei darauf hinzuweisen, dass die Auftragnehmer nicht dazu verpflichtet seien, nicht beschriebene Leistungen ohne Vergütung zu erbringen; der Abgeltungsumfang der Einheitspreise beziehe sich ausdrücklich nur auf die beschriebenen Leistungen. Durch Ziffer 5.1 BVB und die Formulierung auf Seite 8 des Leistungsverzeichnisses würde auch nicht das Risiko der Vollständigkeit und Fehlerfreiheit der Vergabeunterlagen auf den Auftragnehmer übertragen. Dass der Auftragnehmer seine Baustelleneinrichtung nach Ziffer 2.1.3 der Baubeschreibung gegen Eisschäden schützen müsse, sei selbstverständlich und stelle kein ungewöhnliches Wagnis dar. Auch dass der Auftragnehmer nach Ziffer 3.15.1 der Baubeschreibung Bestandsbauten im Rahmen der Bauausführung vor Beschädigungen zu sichern habe, sei selbstverständlich und stelle kein ungewöhnliches Wagnis dar. Gleiches gelte für die nach Ziffer 3.15.3 zu ergreifenden Maßnahmen zur Verteidigung der Baustelle bei Sturmfluten. Vielmehr sei der Auftragnehmer schon im eigenen Interesse gehalten, derartige Maßnahmen zu ergreifen. Denn der Auftragnehmer trage nach § 7 Abs. 1 VOB/B das Risiko, dass von ihm ganz oder teilweise ausgeführte Leistungen vor Abnahme beschädigt oder zerstört würden.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 27. August 2013 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 27. August 2013 wurde die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 GWB bis zum 6. September 2013 einschließlich verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist ganz überwiegend zulässig, jedoch nur teilweise begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist ganz überwiegend zulässig.

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist ein öffentlicher Bauauftrag, der den maßgeblichen Schwellenwert überschreitet (§§ 99, 100 Abs. 1 GWB).

Die ASt ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag dargelegt, denn sie hat durch Auseinandersetzung mit den Vergabeunterlagen und durch ihre Rügen deutlich gemacht, dass sie an der Abgabe eines Angebots und damit am Erhalt des Auftrags interessiert ist. Dass sie, da die Angebotsabgabefrist noch läuft, noch kein Angebot abgegeben hat, ist daher unschädlich. Die ASt macht zudem Verstöße gegen bieterschützendes Vergaberecht (§ 7 EG Abs. 1 VOB/A) geltend, die bei Vorliegen ihre Zuschlagschancen beeinträchtigen können, so dass sie das Drohen eines Schadens hinreichend dargelegt hat. Sie greift mehrere Formulierungen aus den Vergabeunterlagen an, die ihrer Ansicht nach gegen das Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung verstoßen, zur mangelnden Kalkulierbarkeit des Angebots sowie einer unangemessenen Überbürdung von Risiken auf den Bieter führen würden, so dass keine vergleichbaren Angebote abgegeben werden könnten. Eine mögliche Beeinträchtigung der Zuschlagschancen ist insoweit dargelegt. Denn unvollständige Leistungsbeschreibungen und fehlende Kalkulationsgrundlagen sowie ungewöhnliche Wagnisse würden es dem Bieter, hier der ASt, erschweren bzw. unmöglich machen, ein möglichst wirtschaftliches Angebot abzugeben und damit seine Chancen auf den Zuschlag optimal zu gestalten. Soweit die ASt allerdings geltend macht, dass unter Verstoß gegen § 8 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A bestimmte Regelungen in die Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) Eingang gefunden hätten, die dort nicht hätten geregelt werden dürfen, ist unabhängig davon, ob dies überhaupt einen Verstoß gegen bieterschützendes Vergaberecht darstellen kann, weder dargelegt noch ersichtlich, inwieweit der ASt dadurch ein Schaden im Sinne einer Verschlechterung der Zuschlagschancen zu entstehen droht.

Der Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB ist die ASt nachgekommen. Anhaltspunkte für eine Verspätung der Rügen und damit einen Verstoß gegen die Obliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB, unverzüglich zu rügen, sind nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere auch für die mit Schreiben vom 26. Juli 2013 geltend gemachten Vergaberechtsverstöße. Die Ag hat nicht ausreichend dargelegt, dass die fraglichen Verstöße der ASt bereits sehr viel früher bekannt waren, insbesondere zum Zeitpunkt der ersten Rüge am 4. Juli 2013. Im Rahmen der Angebotsbearbeitung ist es vielmehr typisch, dass der Bieter nach und nach – wie auch in Bezug auf Verständnisfragen –

Formulierungen in den Vergabeunterlagen entdeckt, die ihm vergaberechtlich problematisch erscheinen. Eine Präklusion nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB scheidet von vornherein aus, da die in der Bekanntmachung genannte Frist, die Angebotsfrist, noch läuft. Auch in inhaltlicher Hinsicht genügen die Rügen der ASt den Anforderungen nach § 107 Abs. 3 GWB. Entgegen der Auffassung der Ag reicht es aus, wenn Formulierungen der Vergabeunterlagen als vergaberechtswidrig angesehen werden, der Bieter sodann die fraglichen Formulierungen oder Regelungen benennt und in diesem Zusammenhang deutlich macht, inwieweit sie seiner Ansicht nach gegen Vergaberecht verstoßen. Dies ermöglicht es dem Auftraggeber, wie es Zweck der Rügeobliegenheit ist, die fraglichen Vorschriften auf ihre Konformität mit Vergaberecht zu überprüfen und gegebenenfalls Nachprüfungsverfahren durch Abhilfe zu verhindern. Dass eine solche Prüfung der Ag vorliegend möglich war, zeigen auch ihre Antwortschreiben vom 12. Juli und 2. August 2013.

Die Voraussetzungen für eine Präklusion nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB liegen ebenfalls nicht vor.

2. Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise begründet. Lediglich die Formulierungen bzw. Regelungen in Ziffer 5.1 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 BVB und auf Seite 8 des Leistungsverzeichnisses sowie gleichlautende Regelungen im weiteren Verlauf des Leistungsverzeichnisses verstoßen gegen Vergaberecht und verletzen die ASt in ihren Rechten. Die übrigen von der ASt gerügten Regelungen sind vergaberechtlich nicht zu beanstanden.
 - a) Die ASt macht mit ihrem Nachprüfungsantrag zum einen geltend, dass einzelne Regelungen bzw. Formulierungen in den Vergabeunterlagen dazu führen würden, dass neben den in den Vergabeunterlagen ausdrücklich beschriebenen Leistungen und dazugehörigen Nebenleistungen zum vertraglich vereinbarten Leistungssoll auch Leistungen gehören würden und damit in die anzubietenden Einheitspreise einzukalkulieren seien, die für die explizit beschriebenen Leistungen erforderlich, aber selbst nicht beschrieben seien. Dies führe dazu, dass die Bieter die umfangreichen Vergabeunterlagen danach durchforsten müssten, ob erforderliche Leistungen unerwähnt geblieben seien, gegebenenfalls auch, weil sie in den bisherigen Planungen der Ag vergessen worden seien. Insoweit fehle es an einer eindeutigen und

erschöpfenden Leistungsbeschreibung und werde das Risiko von Planungsfehlern auf die Bieter unzulässigerweise abgewälzt.

Ein solcher Verstoß gegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist vorliegend allerdings nur in Bezug auf die Regelungen in Ziffer 5.1 Abs. 2, Abs 3 Satz 1 BVB und auf Seite 8 des Leistungsverzeichnisses (sowie gleichlautende Regelungen im weiteren Verlauf des Leistungsverzeichnisses) gegeben. Die angegriffenen Regelungen in Ziffer 1.5, 2.1 Abs. 1 der BVB und Ziffer 1.2.3.2 und 1.3.1 der Baubeschreibung sind nicht zu beanstanden.

(1) Ziffer 1.5 BVB ist kein Verstoß gegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A zu entnehmen.

Nach § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist die ausgeschriebene Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bieter die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Ob die Leistungsbeschreibung vorliegend die entsprechenden Anforderungen erfüllt, ist anhand dessen zu prüfen, wie ein verständiger, mit vergleichbaren Ausschreibungen vertrauter Bieter die Leistungsbeschreibung verstehen musste (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juni 2004, X ZR 30/03; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Februar 2009, VII-Verg 64/08); für die Auslegung der Leistungsbeschreibung als Teil der Vergabeunterlagen ist mithin der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter maßgeblich (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2012, X ZR 130/10). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH gehören zum Leistungssoll eines Bauvertrages nach VOB, also den vertraglich geschuldeten und mit den angebotenen Einheitspreisen abgegoltenen Leistungen, diejenigen Leistungen, die von der Leistungsbeschreibung erfasst sind. Ansatzpunkt ist dabei, dass der Auftraggeber dem Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung Rechnung zu tragen hat. Welches die geschuldeten Leistungen sind, ergibt sich durch Auslegung des Vertrages unter Zugrundelegung des gesamten Vertragswerks (einschließlich VOB/C) und den Umständen des Einzelfalls, unter anderem den konkreten Verhältnissen des Bauwerks (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juli 2006, VII ZR 202/04; Urteil vom 28. Februar 2002, VII ZR 376/00; OLG Rostock, Urteil vom 21. April 2011, 3 U 74/08). Grundsätzlich kann der VOB/C entnommen werden, dass – während sog. Nebenleistungen auch ohne Erwähnung geschuldet werden – sog. besondere Leistungen in der

Leistungsbeschreibung oder sogar als eigene Position im Leistungsverzeichnis anzugeben sind, um geschuldet zu sein (vgl. Ziffer 0.4.2 und 4.2 VOB/C). Die Nichterwähnung einer besonderen Leistung kann allerdings im Einzelfall aufgrund von Besonderheiten des Bauwerks trotzdem ohne zusätzliche Vergütung geschuldet sein, wenn sie für die Ausführung einer bestimmten ausgeschriebenen Leistungsposition unentbehrlich bzw. die Ausführung ohne sie nicht möglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 28. Februar 2002, VII ZR 376/00; OLG Rostock, Urteil vom 21. April 2011, 3 U 74/08). Dem ist zu entnehmen, dass geschuldete Leistungen (außer Nebenleistungen) nur solche sind, die in den Vertragsunterlagen beschrieben werden oder für einzelne Leistungen – aus der maßgeblichen Sicht eines potentiellen Bieters (vgl. BGH, Urteil vom 28. Februar 2002, VII ZR 376/00) – unentbehrlich sind.

Gegenüber diesen Auslegungsgrundsätzen, mit denen ein in Ausschreibungen von Bauverträgen erfahrener Bieter vertraut ist, bedeutet die Regelung in Ziffer 1.5 BVB keine Erweiterung der Leistungsbeschreibung auf zusätzliche „unbestimmte“ Leistungsteile. Satz 1 von Ziffer 1.5 BVB, wonach die Leistungsbeschreibung im Leistungsverzeichnis durch die übrigen Vertragsbestandteile ergänzt wird, entspricht den oben ausgeführten Auslegungsgrundsätzen, wonach für die Ermittlung des Inhalts der Leistungsbeschreibung das gesamte Vertragswerk in die Auslegung mit einzubeziehen ist. Satz 2 von Ziffer 1.5 BVB wiederholt im Prinzip diesen Grundsatz und stellt klar, dass auch besondere Leistungen nach VOB/C in Leistungspositionen hineinzulesen sind, auch wenn auf sie im Leistungsverzeichnis nicht ausdrücklich Bezug genommen wird. Dies widerspricht insbesondere nicht Ziffer 0.4.2 bzw. 4.2 VOB/C, wonach zwar für die Zugehörigkeit zum Bausoll eine besondere Erwähnung in der Leistungsbeschreibung erforderlich ist, jedoch nicht zwangsläufig im Leistungsverzeichnis selbst.

- (2) Demgegenüber verstößt Ziffer 5.1 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 BVB gegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

Nach den genannten Regelungen sind durch die Einheitspreise abgegoltene und damit geschuldete Leistungen „sämtliche bezüglich der Erbringung der Leistung in den verschiedenen Vertragsbestandteilen ... beschriebenen Leistungen ..., auch wenn insoweit eine ausdrückliche Bezugnahme im Leistungsverzeichnis oder in der

Baubeschreibung etc. nicht erfolgt ist.“ Dies gelte insbesondere auch für die für die Erbringung dieser Leistungen erforderlichen besonderen Leistungen im Sinne der VOB/C. Mit den Regelungen wird das Leistungssoll vorliegend auf diejenigen Leistungen erweitert, die für die Herstellung des Bauwerks erforderlich sind, ohne dass sie in den Vergabeunterlagen erwähnt oder beschrieben werden. Für sog. Nebenleistungen nach VOB/C, die üblicherweise auch ohne Erwähnung geschuldet werden, ist dies unproblematisch. Abs. 3 Satz 1 bezieht jedoch auch sog. besondere Leistungen ein, die grundsätzlich nach Ziffer 0.4.2 bzw. 4.2 VOB/C für eine Zugehörigkeit zum Leistungssoll anzugeben sind. Indem auf die Erforderlichkeit der Leistung abgestellt wird, wird auch nicht auf den oben aufgeführten Auslegungsgrundsatz Bezug genommen, wonach für einzelne Leistungspositionen unentbehrliche besondere Leistungen auch ohne gesonderte Erwähnung geschuldet sind. Denn der BGH unterscheidet explizit zwischen der Ermittlung der geschuldeten gegenüber den zusätzlich zu vergütenden Leistungen einerseits und der Frage, welche Leistungen nach den technischen Gegebenheiten zur Herstellung des Werks erforderlich sind; letztere sind nicht automatisch Inhalt der Leistungsbeschreibung (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juli 2006, VII ZR 202/04; vgl. auch OLG Rostock, Urteil vom 21. April 2011, 3 U 74/08). Indem solche „erforderlichen Leistungen“ pauschal einbezogen werden und damit mit den Einheitspreisen abgegolten werden sollen, würde der Leistungsinhalt in unbestimmtem Umfang erweitert, und die Bieter müssten etwas bepreisen, welches gegebenenfalls noch gar nicht beschrieben ist, oder – wie die ASt fürchtet – anhand der Vergabeunterlagen die Planung der Ag nach Planungsfehlern oder -lücken überprüfen, um zusätzlich erforderliche Leistungen zu entdecken. Wenn ein Bieter den Leistungsumfang in dieser Art und Weise aus den Vergabeunterlagen herausfiltern muss, entspricht dies nicht einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. März 2012, VII-Verg 82/11).

- (3) Gleiches gilt für die weitgehend identische Regelung auf Seite 8 und weiteren Stellen des Leistungsverzeichnisses. Auch hiernach gilt für alle Abschnitte des Leistungsverzeichnisses und damit die Ermittlung der Einheitspreise, dass auch alle für die aufgeführten Leistungen „erforderlichen Leistungen“ einschließlich besonderer Leistungen einzubeziehen sind. Dies ist – wie oben unter (2) festgestellt – vergaberechtlich unzulässig.

- (4) Demgegenüber ist Ziffer 2.1 Abs. 1 BVB nicht zu beanstanden. Danach verpflichtet sich der Auftragnehmer, das vertragsgegenständliche Bauvorhaben nach Maßgabe des Vertrages mangelfrei, vollständig und zur vertraglich vorgesehenen Nutzung betriebsbereit und funktionsfähig herzustellen und die hierfür erforderlichen Leistungen zu erbringen. Zwar sind auch hiernach erforderliche Leistungen vom Auftragnehmer zu erbringen. Bezug genommen wird hier jedoch auf die Funktionsfähigkeit des Bauvorhabens und damit auf den Werkerfolg, der grundsätzlich auch nach § 631 BGB geschuldet ist. Dies bedeutet im Unterschied zu Ziffer 5.1 BVB jedoch nicht, dass die für die Funktionsfähigkeit erforderlichen Arbeiten auch in der Leistungsbeschreibung und damit automatisch in den mit Einheitspreisen vergüteten Leistungen enthalten sind. Dies ist vielmehr gesondert zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juli 2006, VII ZR 202/04). Damit ist der Bieter vorliegend auch nicht gezwungen, in den Vergabeunterlagen nicht beschriebene, aber für den Werkerfolg erforderliche Leistungen „herauszufiltern“, um die Kalkulationsgrundlage zu vervollständigen. Für nicht beschriebene erforderliche Leistungen kann weiterhin im Auftragsfall eine gesonderte Vergütung verlangt werden (vgl. auch Ziffer 5.1 Abs. 1 Satz 2 BVB, der § 2 Abs. 6 VOB/B unberührt lässt).
- (5) Auch Ziffer 1.2.3.2 der Baubeschreibung führt nicht dazu, dass die Beschreibung der ausgeschriebenen Leistung entgegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A unbestimmt und unvollständig ist. Die ASt ist der Auffassung, dass Ziffer 1.2.3.2 zu einer Unbestimmtheit der Leistung führt, da sie Formulierungen wie „insbesondere“ und „nur einen Überblick“ verwendet, die keinen Anspruch auf Vollständigkeit haben. Vorliegend ist jedoch der systematische Standort der Regelung zu beachten, aus dem sich gerade ergibt, dass eine abschließende Leistungsbeschreibung an dieser Stelle gar nicht erfolgen soll. Die Regelung befindet sich nämlich im ersten, einleitenden Kapitel der Baubeschreibung mit dem Titel „Allgemeine Beschreibung der Bauleistungen“ und dort im Abschnitt 1.2.3 („Überblick über die auszuführenden Leistungen“). Schon den Überschriften, aber auch den allgemein gehaltenen Inhalten (einschließlich der Verwendung der Wörter „insbesondere“ und „Überblick“) ist zu entnehmen, dass den Bietern hier ein erster Überblick (über die Leistungsbereiche Stahlwasserbau und Antriebe) und Einstieg in ein in den anschließenden Kapiteln und im Leistungsverzeichnis detaillierter dargestelltes

Bauvorhaben bzw. die Angebotserstellung dazu gegeben werden soll. Ein Einfallstor für nicht beschriebene Leistungen kann dem nicht entnommen werden.

- (6) Aus den unter (5) genannten Gründen ist auch die in Ziffer 1.2.2.3 aufgeführte Schnittstellenbeschreibung nicht zu beanstanden. Der systematischen Verortung in der „Allgemeinen Beschreibung der Bauleistungen“ und dort „Gliederung der Ausschreibungsunterlage“ wird bereits deutlich, dass es hier nur um eine erste Einführung, aber gerade nicht um eine abschließende Definition der Schnittstellen geht. Dementsprechend wird auch von einer „groben Übersicht“ gesprochen; für die Schnittstellenbeschreibung im Einzelnen wird explizit auf die vertragliche Leistungsbeschreibung (außerhalb der Ziffer 1.2.2.3) verwiesen.
- (7) Auch Ziffer 1.3.1 der Baubeschreibung stellt keinen Verstoß gegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A dar. In Ziffer 1.3.1 wird lediglich auf bereits erfolgte Voruntersuchungen seitens der Ag hingewiesen, die den Bietern auch zur Verfügung gestellt werden. Damit ermöglicht die Ag den Bietern, sich ein umfassendes Bild von den örtlichen Gegebenheiten zu machen, und gibt ihnen die ihr bekannten Informationen umfassend an die Hand. Ob sich aus den Dokumentationen der Voruntersuchungen Leistungsinhalte ergeben, die in die Einheitspreise einzukalkulieren sind, regelt Ziffer 1.3.1 hingegen nicht. Hierfür gelten die oben unter (1) aufgeführten Auslegungsgrundsätze, von denen die Erwähnung der Voruntersuchungen in Ziffer 1.3.1 keine Abweichung bedeutet.
- b) Die ASt wendet sich des Weiteren gegen Ziffer 2.1 Abs. 2 BVB, wonach zum Leistungsumfang auch sämtliche Leistungen des Stahlwasserbaus, Maschinenbaus und der Elektrotechnik/Steuerungstechnik gehören, „soweit sie nach der der Beauftragung zugrunde liegenden Ausschreibung nicht ausdrücklich dem Auftragnehmer Los 2 übertragen wurden“. Es fehle an einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, weil sich diese nur durch Bestimmung des Umfangs des Loses 2 ergebe und nicht aus der Beschreibung des Loses 1 selbst.

Ein Verstoß gegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Denn nach dieser Vorschrift ist es erforderlich, dass die – vorliegend im Rahmen von Einheitspreisen – zu bepreisenden Leistungen umfassend und eindeutig beschrieben sind und die Bieter darauf hin Angebote kalkulieren und einreichen können, die

vergleichbar sind. Dieser vorgenannte Grundsatz wird durch die Regelung in Ziffer 2.1 Abs. 2 BVB nicht verletzt. Denn ebenso wie Abs. 1 der Ziffer 2.1 BVB (siehe oben (4)) regelt Abs. 2 zwar implizit, dass der Auftragnehmer gegebenenfalls Leistungen aus den genannten Bereichen zu erbringen hat, die bisher nicht erwähnt wurden, aber erforderlich sind. Dies bedeutet auch hier jedoch nicht, dass diese möglicherweise erforderlichen Leistungen schon Teil der beschriebenen Leistungen sein sollen, die mit den Einheitspreisen abgegolten sind. Vielmehr ergibt sich eindeutig aus dem Titelblatt Leistungsbeschreibung, dass (neben sonstigen Anlagen) Teil der Leistungsbeschreibung jeweils nur Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis zu Los 1 sind, nicht aber auch Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis zu Los 2. Zwar werden diese Unterlagen gemäß Aufforderung zur Angebotsabgabe auch Vertragsunterlagen; da sie jedoch nicht zur Leistungsbeschreibung gehören, können mit Einheitspreisen für Los 1 abgegoltene Leistungen nur solche sein, die in den leistungsbeschreibenden Unterlagen zu Los 1 enthalten sind, nicht aber – wie die ASt befürchtet – auch solche, die weder in Los 1 noch in Los 2 angesprochen sind.

- c) Schließlich macht die ASt geltend, dass die Ag bestimmte geforderte Leistungen, die in die Einheitspreise mit einzukalkulieren sind, nicht hinreichend eindeutig und erschöpfend bestimmt und damit gegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A verstößt bzw. dem Bieter ein ungewöhnliches Wagnis entgegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auferlegt. Ein solcher Verstoß ist vorliegend jedoch nicht gegeben.

- (1) Nach Ziffer 2.1.4 der Baubeschreibung hat der Auftragnehmer die Baustelle gegen Hochwasser zu sichern und alle erforderlichen Maßnahmen bis zu einem Wasserstand von HHThw NHN +5,42 m in die Position der Baustelleneinrichtung einzurechnen. Ebenso sind alle erforderlichen Maßnahmen zur Weiterführung der Arbeiten auf der Schleuseninsel bis zu einem Wasserstand von NHN +4,0 dort einzurechnen. Dass die Ag die einzelnen Sicherungsmaßnahmen nicht nach Art und Umfang im Einzelnen beschrieben hat, verstößt nicht gegen § 7 EG Abs. 1 Nr. 1, 3 VOB/A. Denn die vom Auftragnehmer im Einzelfalls vorzunehmenden und vom Bieter im Rahmen der Angebotsabgabe einzukalkulierenden Maßnahmen zur Sicherung gegen Hochwasser sind ihrer Funktion nach (Sicherung gegen Wasserstände bis zu einer bestimmten Höhe) eindeutig beschrieben. Neben der Beschreibung einer Leistung in einzelnen Teilleistungen (vgl. § 7 EG Abs. 9 bis 12 VOB/A), wie sie hier für den Großteil der Leistungen erfolgt, ist auch eine

Beschreibung anhand eines Leistungsprogramms (vgl. § 7 EG Abs. 13, 14 VOB/A) möglich und zulässig. In diesem Fall können die Bieter verschiedene Lösungen anbieten, die auch vergleichbar sind, soweit sie das Leistungsprogramm erfüllen. Die Vergleichbarkeit geht gerade nicht dadurch verloren, dass sich die Lösungsansätze möglicherweise unterscheiden, sondern bemisst sich daran, dass die Bauaufgabe erfüllt wird. Diese Möglichkeit der Beschreibung als Leistungsprogramm hat die Ag hier zulässigerweise gewählt. Sie bedeutet vorliegend auch kein ungewöhnliches Wagnis. Denn mit der Erstellung von Hochwasserschutzmaßnahmen und den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten sind die Bieter für das fragliche Vorhaben und insbesondere die ASt grundsätzlich vertraut. Zudem haben sie sich im Rahmen der Angebotserstellung ohnehin mit dem Bauablauf zu beschäftigen und können, abhängig davon, wie sie den Bauablauf planen, genau bestimmen, welche Hochwasserschutzmaßnahmen in den einzelnen Bauabschnitten erforderlich sind. Weitere Informationen benötigen sie für die Kalkulation nicht.

- (2) Soweit die ASt geltend macht, dass Ziffer 2.1.3 der Baubeschreibung gegen § 7 EG Abs. 1 VOB/A verstoße, weil die Ag nicht beschreibe, welche Maßnahmen zur Sicherung von Eisschäden im Einzelnen vorzunehmen seien, ist sinngemäß auf die Ausführungen zu Ziffer 2.1.4 der Baubeschreibung (siehe oben (1)) zu verweisen. Dabei ist auch zu beachten, dass nach § 4 Abs. 5 Satz 2 VOB/B der Auftraggeber vom Auftragnehmer ohnehin verlangen kann, Schutzmaßnahme vor Winterschäden vorzunehmen. Insgesamt liegt auch hier kein Verstoß vor.
- (3) Soweit die ASt sich gegen Ziffer 3.3.4 der Baubeschreibung wendet, ist ein Verstoß gegen § 7 EG Abs. 1 VOB/A ebenfalls nicht gegeben.

Nach Ziffer 3.3.4 der Baubeschreibung sind unter anderem Aufwendungen des Auftragnehmers in die Einheitspreise einzukalkulieren, die auf Anordnungen des zur Ag gehörigen Wasser- und Schifffahrtsamts ergehen, den Betrieb der Baustelle einzuschränken oder einzustellen, wenn die Leichtigkeit und Sicherheit des Schiffsverkehrs nicht mehr gewährleistet ist. Ausgenommen sind Aufwendungen, die über die in Ziffer 3.3.3 bezeichneten Maßnahmen hinausgehen; hier kann eine gesonderte Vergütung verlangt werden. Unter Ziffer 3.3.3 der Baubeschreibung ist ausführlich aufgeführt, dass etwa der Baustellenverkehr sich dem Schiffsverkehr

unterzuordnen habe und dass bei Sichtweiten unter 600 m und Windstärken über 8 Bft. mit Ausfallzeiten zu rechnen sei. Entgegen der Auffassung der ASt verbleibt durch die konkreten Schilderungen von Sachverhalten, die zu Einschränkungen des Baubetriebs führen können, im Umkehrschluss durchaus ein Anwendungsbereich für eine gesonderte Vergütung nach Ziffer 3.3.4. – so etwa ausdrücklich gemäß Klammerzusatz bei höheren Sichtweiten und niedrigeren Windstärken). Dass in Ziffer 3.3.3 am Anfang von „sämtlichen Maßnahmen zur Regelung des Schiffsverkehrs auf dem [...]“ die Rede ist, schließt dies nicht aus. Denn hier wird nur darüber informiert, wer die Maßnahmen veranlasst und überwacht (nämlich die Ag).

- (4) Soweit die ASt die in Ziffer 3.15.1 und 3.15.3 der Baubeschreibung geregelten Pflichten des Auftragnehmers beanstandet, Anlagen, Leitungen und zu erhaltende Bestandsbebauungen gegen Beschädigungen zu sichern und zu schützen bzw. die Baustelle bei Sturmfluten gemäß den Anweisungen des Auftraggebers zu verteidigen, wird dem Bieter kein ungewöhnliches Wagnis gemäß § 7 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auferlegt und sind dementsprechend auch keine zusätzlichen Beschreibungen von Leistungsdetails erforderlich. Denn zum einen entspricht es – wie sich auch aus § 4 Abs. 5 Satz 1 VOB/B ergibt – der üblichen Risikoverteilung, dass der Auftragnehmer die Anlagen des Auftragnehmers vor Beschädigungen zu schützen hat, so dass Ziffer 3.15.1 nur festhält, was auch sonst gelten würde. Zum anderen sind nach Ziffer 3.15.3 ausweislich des letzten Absatzes nur die Maßnahmen in die Einheitspreise einzukalkulieren, die bei einem Wasserstand bis HHT_{hw} NHN +5,42 m vom Auftraggeber gefordert werden. Bis zu diesem Wasserstand hat der Bieter Sicherungsmaßnahmen gegen Hochwasser auf der Baustelle jedoch ohnehin in die Position der Baustelleneinrichtung einzurechnen (siehe oben (1), Ziffer 2.1.4 der Baubeschreibung).
3. Um die festgestellten Rechtsverletzung zu beseitigen, muss die Ag – eine fortbestehende Beschaffungsabsicht vorausgesetzt – die fraglichen Regelungen in Ziffer 5.1 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 BVB und auf Seite 8 des Leistungsverzeichnisses sowie gleichlautende Regelungen im weiteren Verlauf des Leistungsverzeichnisses unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer überarbeiten und den Bietern die überarbeiteten Regelungen vor Angebotsabgabe bekanntgeben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt trifft dabei ein erhebliches Unterliegen, dass mit einer Quote von zwei Drittel zu bewerten ist, da sie mit ihrem Antrag die Änderung einer Vielzahl von Vertragsklauseln begehrt hat, jedoch nur bezüglich zweier – allerdings grundsätzlicher – Regelungen im Leistungsverzeichnis und den Besonderen Vertragsbedingungen erfolgreich war.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch Antragstellerin und Antragsgegnerin war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

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

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

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

Behrens

Ohlerich