



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 89/15

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Antragstellerin -

- Antragsgegnerin -

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Vignol auf die mündliche Verhandlung vom 17. September 2015 am 23. September 2015 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im laufenden Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen und nach deren Überarbeitung unter Beachtung der

Rechtsauffassung der Kammer die interessierten Unternehmen erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern.

2. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) tragen Antragsgegnerin und Antragstellerin je zur Hälfte.
4. Die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin werden gegeneinander aufgehoben.
5. Die Beigeladene trägt die ihr entstandenen Aufwendungen selbst.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe [...] im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] gemeinschaftsweit bekannt. Die Verfahrensbeteiligten streiten über den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin (ASt) wegen – aus Sicht der Ag – widersprüchlicher Angaben bzw. Abweichungen zu den Vorgaben der Vergabeunterlagen bzgl. der mietweise vom Auftragnehmer für die Durchführung der Bauarbeiten einzurichtenden und zu überlassenden Bauaufzüge.

1. Im den Bietern von der Ag zur Verfügung gestellten Leistungsverzeichnis war in vier Leistungspositionen (03.01.200, 03.02.210, 03.04.170 und 03.05.190) jeweils ein Bauaufzug mit einer Bieterangabe bezüglich des angebotenen Fabrikats/Typs zu versehen gewesen. Die Vorgaben der Ag, die in den vier Positionen insoweit deckungsgleich formuliert sind, lauten auszugsweise wie folgt:

*„Bauaufzug
Tragfähigkeit ca. 1.500 kg zum Personen-/Materialtransport
außen,
Lastbühnengröße ca. 1,45 x 3,30 m
Fördergeschwindigkeit bis ca. 24 m/min
(...)
Grundstandzeit: 4 Wochen*

*Die Verordnung über Aufzugsanlagen (AufzV),
die technischen Regeln für Aufzüge, der Baustein der BauGB Bauaufzüge mit
Personenbeförderung (B61),
sowie die Aufbau- und Verwendungsanleitungen der Aufzugshersteller
sind zu beachten*

Angebotenes Fabrikat/Typ:

.....

(Angaben des Bieters)

*Falls vorhanden ist ein Datenblatt des angebotenen
Bauaufzugs dem Angebot beizulegen.“*

Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis (Ziffer 6 des Angebotsaufforderungsschreibens).

Die Antragstellerin (ASt) gab am 6. August 2015 ein Angebot ab, welches unter Berücksichtigung des von ihr eingeräumten Nachlasses auf dem zweiten Rang liegt; das Angebot der Beigeladenen (Bg) liegt auf Rang drei.

Im Angebot der ASt hatte sie jeweils in den Leistungspositionen „Bauaufzug“ in die Zeile „Angebotenes Fabrikat/Typ“ eingetragen:

„Transportbühne [...] oder Transportbühne [...]“.

Der führende Bieter in der Submission hatte ebenfalls doppelte Angaben in Bezug auf die geforderten Fabrikats-/Typangaben gemacht. Die nach der Bg auf den Plätzen 4 bis 6 liegenden Bieter hatten jeweils Angaben zum Hersteller und dem Fabrikat gemacht, jedoch keine Angaben zu den Transportbühnentypen, so dass mehrere Typen des jeweils genannten Fabrikats unter die Angaben fallen, darunter auch Abmessungen, die nicht in Einklang stehen mit der Vorgabe in der Leistungsbeschreibung, wonach der Bauaufzug ca. 1,45 x 3,30 m groß sein soll. Die Bg ist der einzige Bieter, der Hersteller, Fabrikat und den exakten Typ angeboten hat. Datenblätter hat kein einziger Bieter beigefügt.

Im Rahmen der Angebotsprüfung (Auswertungstabellen vom 12. August 2015) hielt die Ag unter der Fragestellung „Hersteller- und Typbezeichnung angeben“ für den erstplatzierten Bieter und die ASt als Antwort „Nein“ fest. In der dazugehörigen Bemerkung wird jeweils auf die Doppelnennung verwiesen. Bei der Auswertung der Angebote der anderen Bieter stellte

die Ag – abgesehen davon, dass ein Bieter in einer der vier Positionen die Angabe vergessen hatte – das Vorliegen ausreichender Angaben fest.

Mit Schreiben vom 28. August 2015 informierte die Ag die ASt gem. § 101a GWB darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Das Angebot sei von der Wertung auszuschließen gewesen, weil geforderte Erklärungen oder Nachweise weder im Angebot enthalten noch entsprechend der Aufforderung der Ag rechtzeitig vorgelegt worden seien. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Mit Schreiben vom 31. August 2015 rügten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt gegenüber der Ag die Vergabeentscheidung. Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 1. September 2015 ab, der Rüge zu entsprechen. Der im Informationsschreiben gem. § 101a GWB genannte Ausschlussgrund sei lediglich versehentlich falsch gewählt worden. Das Angebot der ASt enthalte jedoch an den im Leistungsverzeichnis dafür vorgesehenen Stellen (Leistungspositionen 03.1.0200 und 03.2.0210) mehrfache Fabrikats-/Typangaben. Dies stelle eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen dar und widerspreche den Ausschreibungsbedingungen. Das Angebot der ASt sei daher zwingend gem. § 16 EG Abs. 1 Nr. 1b) VOB/A i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 VOB/A von der weiteren Wertung auszuschließen. Mit Schreiben vom 2. September 2015 rügte die ASt gegenüber der Ag erneut die Vergabeentscheidung.

2. Mit einem per Fax am 2. September 2015 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Nachprüfungsantrag hat die Kammer der Ag am darauffolgenden Tag übermittelt.
 - a) Die ASt trägt vor, dass ihr Ausschluss zu Unrecht erfolgt sei. Die Doppelnennung zweier alternativer Transportbühnen stelle weder eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen dar noch mangle es dem Angebot der ASt aufgrund dieser Angaben an Eindeutigkeit.

Es sei schon im Ausgangspunkt fraglich, ob die Vergabeunterlagen eindeutig dahingehend zu verstehen gewesen seien, dass nur eine Angabe gemacht werden dürfe, da in der Zeile vor der geforderten Fabrikatsangabe von „Aufzugsherstellern“ die Rede sei; die Ag selbst halte daher den Singular nicht ein. Auch habe die Ag in den

Positionen nach Typen für Bauaufzüge gefragt; das anzugebende Produkt werde daher schon durch den von der ASt angegebenen Begriff „*Transportbühne*“ definiert. Die übrigen Angaben seien nur beispielhaft angegeben worden, um das zur Verfügung stehende Gerät zu beschreiben.

Aus Sicht der ASt sei es angesichts der Vorgaben darüber hinaus geradezu geboten gewesen, mehrere Typen anzugeben. Denn aufgrund der ca.- Angaben in den fraglichen Leistungspositionen und den nicht eindeutig nach Länge und Breite definierten Abmessungen („ca. 1,45 x 3,50 m“) seien unterschiedliche Bühnentypen denkbar. Je nachdem, ob die Angabe „1,45 m“ die Längs- oder die Stirnseite kennzeichnen sollte, wären sogenannte Durchlader (lange Längsseite) oder Querbühne (lange Stirnseite) anzubieten gewesen. Da sich aus den Leistungspositionen nicht abschließend ergeben habe, ob die Bausituation einen Durchlader oder eine Querbühne erfordere, habe die ASt zur Sicherheit zwei Bühnen angeben müssen, um der Gefahr zu entgehen, wegen der Angabe eines aus Sicht der Ag nicht geeigneten Geräts ausgeschlossen zu werden. Biete ein Bieter etwa nur [...] -Bühnen an, könne er nur mit einem Durchlader die geforderten Maße einhalten; denn als Querbühne würde [...] nur Konfigurationen mit 2,90 m bzw. 4,35 m Länge anbieten, was möglicherweise zu kurz bzw. zu lang im Verhältnis zu den geforderten „ca. 3,30 m“ sein könnte. Je nachdem, was bei der späteren Bauausführung mit den Bühnen transportiert werden solle, sei eine Querbühne oder ein Durchlader erforderlich. Die ASt habe die spätere Baustelle besichtigt und müsse davon ausgehen, dass jedenfalls zur Straße hin – gegebenenfalls auch im Innenhof – kein Durchlader zum Einsatz kommen könne, es sei denn, dass die Straße (teilweise) gesperrt werden müsse. Aus ihrer Sicht im Zeitpunkt der Angebotserstellung habe daher die Gefahr bestanden, dass die Ag das Angebot der ASt mangels technischer Einsetzbarkeit bzw. zu großer Abweichung von den ca.- Angaben ausschließen würde. Dieses Risiko habe die ASt, wie anscheinend auch der erstplatzierte Bieter, nicht tragen können und konsequenterweise daher auch ein [...] -Gerät angeboten, da dieser auch die potentiell einsetzbare Querbühne abdecke. Für die ASt sei dies auch ohne Probleme möglich gewesen, da sie alle Varianten vorrätig halte.

Eine Abweichung von den Vergabeunterlagen – wie die Ag meint festgestellt zu haben – wäre aber nur dann möglich, wenn genau feststünde, dass mit den Abmessungen exakt ein Durchlader oder aber eine Querbühne gefordert worden sei und ein Bieter

dies mit seinen Geräten nicht erfülle. Da dies aber aufgrund der nicht abschließenden Definition gerade nicht der Fall sei, könne die ASt auch nicht von (eindeutigen) Vorgaben der Ag abgewichen sein. Dass die Ag in der mündlichen Verhandlung erklärt habe, dass es ihr letztlich egal sei, welcher Transportbühnentyp bezuschlagt werde, weil erst im Rahmen der Bauausführung die endgültige Festlegung erfolgen und das Problem gegebenenfalls über Nachträge gelöst werde, habe sich so nicht den Unterlagen entnehmen lassen. Aufgrund der Offenheit der Ausschreibung sei die ASt in die Drucksituation geraten, beide Varianten anbieten zu müssen, um den Ausschluss zu vermeiden.

Wenn der Ag die Angaben der ASt in ihrem Angebot nicht präzise genug gewesen seien, so hätte sie den Inhalt bei der ASt aufklären oder gegebenenfalls eine präzisere Angabe nachfordern müssen. Hierzu sei der ASt jedoch keine Gelegenheit gegeben worden, so dass ein Ausschluss gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A von vornherein nicht in Betracht komme. Auch der Ausschlussgrund des § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 VOB/A greife nicht, weil die Angabe zweier Transportbühnen nicht die Vorgaben der Vergabeunterlagen abändere. Die ASt habe lediglich zum Ausdruck gebracht, dass ihr für die Leistungserbringung zwei verschiedene Typen zur Verfügung stünden.

Unbehelflich sei auch der Vortrag der Ag, dass sie eindeutige Fabrikatsangaben verlangt habe, um eine Kostensicherheit während der Vertragsausführung gewährleisten zu können. Da beide Transportbühnen mit nur einem Preis verknüpft seien, sei der Mietpreis und damit auch eine theoretische Schadensberechnung im Fall des Gerätestillstands auch bei Zuschlagserteilung zugunsten der ASt eindeutig. Nehme die Ag das Angebot der ASt an, so könne die Ag nach ihrer Wahl beide Bühnentypen beauftragen. Bei den Angeboten der anderen Bieter habe die Ag diese Wahl nicht, so dass diese die Leistung nur unter dem Nachtragsvorbehalt erbringen würden. Das Angebot der ASt sei daher gegenüber dem Angebot der Bg von Vorteil für die Ag; keinesfalls habe sich die ASt – wie die Ag vermute – ein eigenes Wahlrecht vorbehalten wollen. Ohnehin würden sich die beiden Typen weder technisch noch preislich unterscheiden, so dass überhaupt kein Interesse der ASt an einem eigenen Wahlrecht bestünde. Auch das Problem einer angeblichen Mischkalkulation könne sich allein durch eine Doppelangabe nicht stellen.

Dass – wie die Kammer den Verfahrensbeteiligten mit richterlichem Hinweis vom 10. September 2015 mitgeteilt hatte – auch der erstplatzierte Bieter wegen vergleichbarer Doppelangaben in den fraglichen Leistungspositionen ausgeschlossen worden sei, so dass bei Richtigkeit des Vortrags der ASt auch dieser Bieter unter Umständen ein wertbares Angebot abgegeben haben könnte, stünde den Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags nicht im Wege. Denn zum einen sei die Bindefrist am 11. September 2015 abgelaufen, ohne dass der Erstplatzierte rechtliche Schritte gegen seinen Ausschluss unternommen habe. Es sei daher davon auszugehen, dass dieser sich nicht mehr an sein Angebot gebunden fühle und – auf entsprechende Nachfrage hin – sogar ausdrücklich von diesem Abstand nehmen werde. Zum anderen stehe noch nicht fest, dass dieses Unternehmen den Zuschlag auch erhalten könne. Denn ausweislich des sich aus der Submission ergebenden Preisabstandes müsste die Ag vor Zuschlagserteilung eine Angemessenheitsprüfung des Angebotspreises vornehmen. Im Übrigen sei die Kammer auch nicht an die Anträge der ASt gebunden und könne unabhängig von diesen auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens einwirken, so dass aufgrund der vorliegenden Vergaberechtsverstöße die Bg nicht ohne Weiteres den Zuschlag erhalten könne.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebots der ASt zu erteilen;

hilfsweise den Ausschluss des Angebots der ASt vom 6. August 2015 aufzuheben;

2. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt vom 2. September 2015 wird verworfen, hilfsweise zurückgewiesen.
2. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Ag erforderlich gewesen ist.

Die Ag trägt vor, dass der Nachprüfungsantrag mangels unsubstanziierter Darlegung eines Schadens bereits unzulässig sei.

Die Kammer habe zu Recht in ihrem Hinweis darauf abgestellt, dass der in der Submission erstplatzierte Bieter ebenfalls wegen widersprüchlicher Angaben zu den Fabrikaten/Typen ausgeschlossen worden sei. Egal, ob man die Angaben daher als widerspruchsfrei oder jedenfalls als aufklärungsfähig ansehe, mangels Eindeutigkeit der Vorgaben einen Ausschluss ablehnen würde oder aber die Doppelangaben als zwei Hauptangebote begreifen müsste, kämen alle diese Beurteilungen auch dem Erstplatzierten zugute. Denn aus Gründen der Gleichbehandlung dürfte dann auch dessen Angebot nicht ausgeschlossen werden, so dass die ASt auch in diesem Fall nicht den Zuschlag erhalten könnte. Der Antrag auf Neuwertung ihres Angebots sei insoweit in jedem Fall unbegründet.

In der Sache sei der Antrag auch offensichtlich unbegründet. Die Ag habe das Angebot der ASt zu Recht wegen dessen Uneindeutigkeit bzw. wegen Abänderns der Vergabeunterlagen ausgeschlossen. Im Leistungsverzeichnis sei die Angabe eines Fabrikats im Singular gefordert gewesen, die ASt habe jedoch alternativ zwei verschiedene Transportbühnen angegeben. Durch die Doppelnennung genüge das Angebot der ASt folglich nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses. Die Angabe verunklare darüber hinaus den Leistungsinhalt, weil letztlich nicht feststehe, was die ASt anbiete. Aus Sicht der Ag räume sich die ASt ein eigenes Wahlrecht ein, was sie bei der späteren Bauausführung zum Einsatz bringen möchte. Die Ag könne dieses Angebot schon aus zivilrechtlichen Gründen nicht mit einem schlichten „Ja“ annehmen.

Die Ag habe auch ein legitimes Interesse an einer eindeutigen Angabe: Um im Vorfeld von Gerätestillstandschäden im Sinne des § 6 Nr. 6 VOB/B Kostensicherheit zu erhalten, verlange die Ag konkrete Fabrikatsangaben. Auch wolle die Ag durch die konkrete Angabe etwaigen Mischkalkulationen vorbeugen. Ein Bieter solle kein

Wahlrecht haben, welche der genannten Ausführungsvarianten er zur Ausführung bringen werde.

Eine Nachforderung einer – präziseren – Angabe durch die Ag sei vergaberechtlich nicht möglich, weil keine Erklärung fehle. Vielmehr habe die ASt eine Angabe zu viel gemacht. Ebenso wenig könne sich die Ag eine der beiden Transportbühnen – wie die ASt argumentiere – selbst aussuchen. Die ASt habe gerade nicht, wie dies nach der Rechtsprechung erforderlich sei, zwei eindeutig voneinander getrennte Hauptangebote abgegeben, sondern in einem Dokument Kombinationen von Möglichkeiten niedergelegt. Auch dürfe der ASt nicht nachträglich die Gelegenheit gegeben werden, diese mehrdeutigen Angaben aufzuklären oder zu korrigieren. Angebote, die - wie hier - mehrdeutige Angaben enthielten, seien letztlich mit den ordnungsgemäß eingereichten Angeboten der anderen Bieter nicht vergleichbar.

An dieser Betrachtungsweise ändere sich auch nichts dadurch, dass sich die ASt im Nachgang zum Hinweis der Kammer nunmehr darauf berufe, dass die Vorgaben in Bezug auf die Transportbühnen im Leistungsverzeichnis unklar gewesen seien. Sofern die ASt ein Problem bei der Angebotserstellung mit der anzubietenden Konstruktionsweise der Bühne (Durchlader oder Querbühne) gehabt haben sollte, hätte sie dies vor Angebotsabgabe durch Nachfrage klären müssen. Die ASt habe auch nicht zwangsläufig zwei Varianten anbieten müssen, um einem drohenden Ausschluss zu begegnen. Denn im Grunde sei es der Ag vollkommen egal gewesen, ob ein Durchlader oder eine Querbühne angeboten werde; ein Ausschluss sei somit nicht zu befürchten gewesen. Welche der beiden Varianten vor Ort später tatsächlich benötigt würde, stünde mangels entsprechender Planung noch gar nicht fest, weshalb die Ag auch keine diesbezüglichen Vorgaben gemacht habe. Erst in der Baustellenanlaufberatung werde, in Abhängigkeit von den Anforderungen der anderen Gewerke, diese Entscheidung getroffen. Sollte sich dann die – im vorliegenden Vergabeverfahren erforderliche und von der Bg auch erfolgte – Festlegung auf einen bestimmten Typ als untauglich erweisen – nach dem Vortrag der ASt etwa an der Straße oder im Innenhof –, würde dies über eine Vertragsänderung mit entsprechenden Nachträgen zugunsten des Auftragnehmers gelöst werden. Diese theoretische Möglichkeit entbinde die Bieter jedoch nicht von der Pflicht, sich ihrerseits in ihren jeweiligen Angeboten auf eine Ausführungsart festzulegen. Die anderen Bieter hätten dies auch so verstanden und jedenfalls teilweise entsprechende Angaben gemacht.

- c) Mit Beschluss vom 4. September 2015 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Sie beteiligte sich weder durch schriftsätzlichen Vortrag noch durch die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung am Nachprüfungsverfahren.
3. Der ASt ist in Absprache mit der Ag Akteneinsicht gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung am 17. September 2015 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte zu vertiefen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
 - a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist Teil eines öffentlichen Bauauftrags im Sinne des § 99 Abs. 1, 3 GWB, der unter Berücksichtigung der übrigen bei der Sanierung anfallenden Gewerke den maßgeblichen Schwellenwert überschreitet (§ 100 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB). Die Vergabekammern des Bundes sind gemäß §§ 104, 106a Abs. 1 Nr. 1 GWB zuständig.
 - b) Die ASt ist antragsbefugt, § 107 Abs. 2 GWB. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch die Abgabe ihres Angebots belegt. Sie behauptet, durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften über den Ausschluss von Angeboten in ihren Rechten verletzt zu sein. Auch einen Schaden hat sie in ausreichender Weise behauptet, denn durch den Ausschluss ihres Angebots ist ihre Chance auf den Erhalt des Zuschlags beseitigt worden. Inwiefern der ASt aufgrund einer vergleichbar gelagerten Ausschlussproblematik beim Angebot des in der Submission führenden Bieters ein Schaden zu entstehen droht, ist – sofern es darauf ankommt – eine Frage der Begründetheit; jedenfalls ist stets eine zweite Chance für die ASt denkbar, was für die Bejahung der Antragsbefugnis als eines lediglich groben Filters ausreicht.
 - c) Die gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB erforderliche Rüge des Ausschlusses ihres Angebots hat die ASt mit Schreiben vom 31. August und 2. September 2015

angebracht. Diese erfolgte auch im Sinne der genannten Vorschrift unverzüglich nach Kenntnis des behaupteten Vergaberechtsverstoßes, die frühestens durch Mitteilung des Ausschlusses mit Schreiben der Ag vom 28. August 2015 bzw. in der korrigierten Variante vom 1. September 2015 gegeben war. Inwieweit die „Unverzüglichkeit“ der Rüge als Tatbestandsmerkmal vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung noch Bestand haben kann, ist daher vorliegend irrelevant.

Soweit sich die ASt erstmals im Nachprüfungsantrag auf unklare Vorgaben in den Leistungspositionen „*Bauaufzug*“ aufgrund der fehlenden Klarstellung bei der Abmessung, ob nur „Durchlader“ oder „Querbühnen“ zum Einsatz kommen können, berufen hat, kann ihr eine Präklusion nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB, wonach aus den Vergabeunterlagen erkennbare Fehler bis zum Ablauf der Angebotsfrist zu rügen sind, nicht entgegengehalten werden. Der Ag ist zwar durchaus zuzugeben, dass eine Bieterfrage seitens der ASt, die den nun vorliegenden Konflikt vermieden hätte, in jedem Fall hilfreich gewesen wäre. Aber offensichtlich bestand bei der ASt im Zeitpunkt der Angebotserstellung eben gerade keine Unklarheit, da die ASt die Vorgaben so interpretiert hat, dass beide Varianten –Durchlader und Querbühne – nach späterer Wahl der Ag möglich bleiben sollten. Auch wenn es beim Rügetatbestand von § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB anders als bei Nr. 1 der Vorschrift nicht auf das subjektive Erkennen, sondern lediglich auf die Erkennbarkeit ankommt, so ist die von der ASt offenbar zunächst ohne weiteres Problembewusstsein unterstellte Interpretation der Vorgabe im Leistungsverzeichnis aus dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont der ASt als Fachfirma und damit als Adressat der Ausschreibung heraus durchaus vertretbar. Die Frage nach der Ausrichtung eines Bauaufzugs ist wesentlich; nicht jede Art von Bauaufzug (Durchlader oder Querbühne) passt alternativ in jede Baustelle. Da die Ag diesbezüglich keine Vorgabe gemacht hatte, ist das Verständnis der ASt, diese Offenheit durch das Angebot beider bei ihr vorrätiger Bauaufzüge zu spiegeln, um optimal für alle Gegebenheiten und den zu transportierenden Gütern der übrigen Gewerke gerüstet zusein, durchaus nachvollziehbar und vertretbar. Eine Erkennbarkeit ist vor dem Hintergrund der Vertretbarkeit der Interpretation zu verneinen; der insoweit bestehende Dissens zwischen der Interpretation der Vorgaben durch die ASt und dem, was die Ag tatsächlich gemeint und gewollt hat, wurde erst durch die Ausschlussentscheidung und deren Mitteilung an die ASt erkennbar.

- d) Die Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag erweist sich als teilweise begründet. Zwar leidet das Angebot der ASt an einem Widerspruch zu den Vorgaben der Ag (dazu sub a)). Allerdings hat die Ag die Bieter in einem entscheidenden Punkt im Unklaren gelassen (dazu sub b)), so dass sie sich nicht auf den vorliegenden Widerspruch zur Begründung des Ausschlusses gemäß §§ 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. 13 EG Abs. 1 Nr. 5 VOB/A berufen kann. Das Leistungsverzeichnis ist von ihr daher zu überarbeiten und anschließend den interessierten Unternehmen erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben (dazu sub c)), so dass auch die ASt Gelegenheit zu einer erneuten Angebotsabgabe und damit eine zweite Chance erhält.

- a) Die von der ASt in den Leistungspositionen „Baufzug“ (03.01.200, 03.02.210, 03.04.170 und 03.05.190) gemachte Doppelangabe steht in Widerspruch zu den Vorgaben der Ag. Die Ag hatte von den Bietern die Angabe eines angebotenen „*Fabrikats/Typs*“ gefordert: falls vorhanden sollte zudem „ein Datenblatt des angebotenen Bauaufzugs dem Angebot“ beigelegt werden. Das anzubietende Fabrikat war hinsichtlich der Tragfähigkeit, Förderhöhe und -geschwindigkeit sowie der Abmessungen näher von ihr definiert worden. Aus Sicht eines objektiven Empfängers (§ 133 BGB) war daher die Angabe eines konkreten Produkts erforderlich, welches sich an den bekannt gegebenen Parametern messen lassen musste. Auch wenn im unmittelbaren Zusammenhang der Fabrikatsangabe auch die ebenfalls geforderte Beachtung der „Aufbau- und Verwendungsanleitungen der Aufzugshersteller“ von der Ag zum Ausdruck gebracht und damit ein Plural verwendet worden war, durften die Bieter nicht allein daraus schließen, dass Mehrfachnennungen möglich sein sollen. Diese Vorgabe ist in dem Sinne zu verstehen, dass das Regelwerk des jeweiligen Herstellers des benannten Fabrikats/Typs zu beachten ist, nicht jedoch, dass mehrere Hersteller auch bei der Fabrikatsangabe angegeben werden können. Die Ag hat ihre Leistungsbeschreibung damit gerade nicht für mehrere Hauptangebote geöffnet.

Ebenso wenig kann die ASt damit gehört werden, dass bereits die Angabe „Transportbühne“ die im Leistungsverzeichnis geforderte Typangabe darstelle und sie daher mit der Angabe des [...] bzw. des [...] Produkts nur (beispielhaft) nicht geforderte und damit unbeachtliche Varianten angegeben habe. Fragt der Auftraggeber wie hier nach Fabrikat und Typ, so reicht es nicht, einfach nur die Art des angebotenen Aufzugs – Transportbühne – anzubieten. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung. Das von der ASt in der mündlichen Verhandlung geäußerte anderslautende Verständnis entspricht aber auch nicht demjenigen der

Bieter und auch nicht dem von der ASt in ihrem Angebot dokumentierten Verständnis: Kein Bieter hat sich auf diese Angabe „*Transportbühne*“ beschränkt, sondern vielmehr jedenfalls Hersteller und (technische) Bezeichnungen für den Bauaufzugstyp in die fragliche Zeile eingesetzt. Das objektivierte Verständnis der beteiligten Marktteilnehmer belegt somit, dass über die Angabe der Art des Bauaufzugs „*Transportbühne*“ hinaus offenbar weitere Angaben erforderlich waren.

Diese Frage der Ag nach einer (weitergehenden) Fabrikats- bzw. Typangabe hat die ASt nicht durch die geforderte eine Angabe beantwortet; vielmehr hat sie in den Leistungspositionen „*Bauaufzug*“ zwei Hersteller- und Fabrikatsangaben gemacht und weicht somit von den Vorgaben ab.

- b) Ein Ausschluss der ASt gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A kommt trotz der festgestellten Abweichung zu den Vorgaben nicht in Betracht. Denn Grundvoraussetzung eines jeden ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens ist das Vorliegen eindeutiger und widerspruchsfreier Vergabeunterlagen (§ 7 EG Abs. 1 VOB/A). An solchen mangelt es im vorliegenden Fall, weil ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Bieter bei der im Streit befindlichen Vorgabe von der Ag – bewusst oder unbewusst – offengelassen wurde. Die Ag kann sich daher nicht auf den Ausschluss des Angebots der ASt berufen, weil sie dessen unzureichende Festlegung durch die Offenheit der eigenen Vorgaben mitverursacht hat.

Die Ag hatte zwar Vorgaben in Bezug auf die Maße der Bühne (ca. 1,45 x 3,30 m) gemacht, nicht jedoch definiert, ob dies von den Bietern als Querbühne oder Durchlader aufgefasst werden sollte. Ohne eine abschließende diesbezügliche Definition, etwa dahingehend, was als Längs- und was als Querseite zu verstehen ist, standen den Bietern beide Varianten offen. Allerdings sind die Abmessungen der Aufzüge so, wie sie von den Herstellern angeboten werden, bis auf ein ganz bestimmtes Durchladerprodukt eben gerade nicht exakt deckungsgleich mit der ca.-Vorgabe 1,45 x 3,30 m. Es bestand bieterseitig daher eine gewisse Unsicherheit, ob ein Aufzug, der in der einen oder anderen Ausrichtung nicht exakt die Größenabmessung trifft, von der Ag noch unter „ca.“ subsumiert und damit akzeptiert werden würde. Dass ein Bieter in dieser Situation die mangelnde Festlegung der Ausschreibung dadurch zu kompensieren versucht, dass er für jeden denkbaren Fall

eine Angabe macht, um einen Ausschluss zu vermeiden, ist somit auch den Vorgaben der Ag geschuldet.

Optimalerweise hätte die Ag im Sinne der Herstellung von Ausschreibungsreife schon vorab klären sollen, welcher Aufzugtyp an welcher der insgesamt vier Stellen sachgerecht ist und somit zum Einsatz kommen soll; so dürfte das von der ASt angesprochene Erfordernis einer Teilstraßensperrung bei Einsatz eines raumgreifenden Durchladers kaum sinnvoll sein, sondern für eine Querbühne jedenfalls an dieser Stelle sprechen. Die Ag hätte diese Angaben dann problemlos in die Leistungsbeschreibung aufnehmen können; wenn es keine sachlichen Gründe für den einen oder den anderen Typ gibt, so hätte sie dies angesichts der Bedeutung des Aufzugtyps für dieses Gewerk ebenfalls klar stellen sollen. Im Unterlassen einer Angabe liegt somit eine Unklarheit, die der mangelnden Herstellung von Vergabereife geschuldet ist.

Will sich ein Auftraggeber dagegen Ausführungsvarianten in einzelnen Positionen offenhalten, so muss er dies durch Eventual- oder Wahlpositionen den Bietern transparent vor Augen führen, wobei dieser Weg nach § 7 EG Abs. 1 Nr. 4 S. 1 VOB/A nur ausnahmsweise beschriftet werden darf. Die Ag müsste dann im Vergabevermerk sachliche Gründe darlegen, warum eine Festlegung auf eine der beiden Varianten derzeit noch nicht möglich ist. Die Einlassung der Ag in der mündlichen Verhandlung, wonach ihr eine Lösung auf der vertraglichen Ebene dergestalt vorschwebt, dass eine Auswechslung eines konkret bezuschlagten Bühnentyps stattfinden solle, wenn sich angesichts der Gegebenheiten auf der Baustelle zeigt, dass der Typ ungeeignet ist, wofür dann gegebenenfalls eben Nachträge zu zahlen wären, ist jedenfalls kein gangbarer Weg; eine Lösung auf der vertraglichen Ebene über die Abänderung des Vertragsinhalts gegen Nachtrag sollte die Ausnahme bleiben, denn auch wenn inhaltliche Änderungen des geplanten Bauablaufs zwar gelegentlich unvermeidbar sind, so steht es doch nicht wirklich im Einklang mit den Zielen und Grundsätzen des Vergaberechts, sehenden Auges diesen Weg schon im Vergabeverfahren zu beschreiten. Vielmehr belegt dies die fehlende Ausschreibungsreife, § 2 EG Abs. 5 VOB/A und den nicht abschließenden Charakter der Leistungsbeschreibung.

Wie die Vergabeakte zeigt, hat allein die Bg eine Festlegung bezüglich dieser Frage getroffen. Alle anderen Bieter haben sich die Entscheidung, ob sie bei der späteren

Leistungserbringung Durchlader oder Querbühnen einsetzen werden, offen gehalten: Entweder dadurch, dass sie in den „*Bauaufzugs*“- Positionen Doppelangaben gemacht haben (erstplatziertes Bieter und ASt), oder dadurch, dass sie zwar den Hersteller und den Bauaufzugstyp ausgewiesen, nicht jedoch die konkret zu verwendende Transportbühne angegeben haben, welche etwa beim Hersteller [...] durch die Buchstabeneinteilung definiert wird (Bieter auf Platz vier bis sechs). Alle Bieter – außer der Bg – haben damit gerade nicht die von der Ag jedenfalls im Leistungsverzeichnis gewünschte dezidierte Benennung eines Transportbühnentyps vorgenommen, sondern sich ausdrücklich oder implizit ein Wahlrecht vorbehalten oder die Bestimmung der Ag überlassen. Zudem hat ausweislich der der Kammer vorliegenden Angebote kein Bieter wie gefordert Datenblätter für die angebotenen Transportbühnen eingereicht, so dass ein Abgleich mit den Vorgaben der technischen Parameter ebenfalls nicht möglich ist. Bei fünf von sechs Bietern ist daher unklar, welche Bühne mit welchen Abmessungen zum Einsatz kommen soll. Allein dies impliziert die Intransparenz der Vorgaben.

Während die Ag bei dieser Gesamtlage den erstplatzierten Bieter und die ASt ausgeschlossen hat, hat sie die Angaben der auf Rang vier bis sechs befindlichen Bieter als ausreichend erachtet. Da allerdings auch bei diesen de facto keine widerspruchsfreie Festlegung auf einen Ausführungstyp hin erfolgt ist und auch diese sich somit die von der Ag Wahlmöglichkeit in Bezug auf den einzusetzenden Typ offengehalten haben, begegnet die Ausschlussentscheidung gegenüber der ASt auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung Zweifel.

Ob darüber hinaus dogmatisch auch ein Ausschluss der ASt wegen zweifelbehafteter Angaben in ihrem Angebot gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. § 13 EB Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A in Betracht käme, kann dahingestellt bleiben, da auch bei diesem Ausschlussgrund die vorstehenden Überlegungen analog angestellt werden müssten, so dass sich die Ag wegen der unklaren Vorgaben auch nicht auf diesen Ausschlussgrund berufen könnte.

- c) Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag das Vergabeverfahren daher zurückzusetzen, die Vergabeunterlagen eindeutig zu fassen und den Bietern Gelegenheit zu geben, erneut Angebote einzureichen. Aufgrund der Zurückversetzungsbedürftigkeit wegen der unklaren Vorgaben hat die ASt auch einen Schaden, ohne dass es noch darauf ankäme, dass auch der erstplatzierte Bieter

aufgrund einer vergleichbarer Sachlage ebenfalls ausgeschlossen wurde. Denn eine Neuwertung der bereits gelegten Angebote ordnet die Kammer gerade nicht an.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB.

Die Ag unterliegt insoweit, als sie das Vergabeverfahren zurückversetzen muss, die ASt insoweit, als sie nicht, wie beantragt, die Neuwertung ihres – in ihrer Argumentation durch den Ablauf der Bindefristablauf gegenüber dem erstplatzierten Bieter – führenden und damit zu bezuschlagenden Angebots erhält, sondern ihr nur die Gelegenheit eingeräumt wird, erneut ein Angebot abzugeben. Die Unterliegensquoten sind jeweils mit 50 % anzusetzen.

Da sowohl Ag wie auch ASt anwaltlich vertreten waren und somit beiden die gleichen Aufwendungen entstanden sind und beide Verfahrensbeteiligten dieselbe Unterliegensquote trifft,, können die außergerichtlichen Aufwendungen dieser Verfahrensbeteiligten gegeneinander aufgehoben werden.

Die Bg hat sich nicht am Vergabenachprüfungsverfahren beteiligt. Sie trägt daher – sofern solche überhaupt entstanden sein sollten – ihre Aufwendungen selbst.

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 Beschwerdebe-gründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer an-

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

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

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

Dr. Herlemann

Zeise