



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 129/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

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 Reinders auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 2016 am 28. Januar 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht partiell zurückzusetzen und das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer fortzusetzen.

2. Der Nachprüfungsantrag wird im Übrigen zurückgewiesen.
3. Die Antragstellerin trägt eine Hälfte der Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens, die andere Hälfte tragen gesamtschuldnerisch die Antragsgegnerin und die Beigeladene.
4. Die den Verfahrensbeteiligten zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung bzw. –verfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe [...] im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] gemeinschaftsweit bekannt. Die Antragstellerin (ASt) wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen die Bewertung ihres Angebots.

1. Zum Auftrag gehört u.a. die Durchführung von Trocken- und Nassbaggerarbeiten bzgl. ca. 200.000 Kubikmeter Bodens einschließlich dessen teilweiser Entsorgung. Dabei sieht die Leistungsbeschreibung vor, dass als „*gefährlicher Abfall*“ deklarierter Boden durch die Ag entsorgt wird (Position 4.2.230), wohingegen unbelasteter Boden auf der Baustelle zwecks Wiedereinbau verbleibt. Im Zwischenbereich – also in Bezug auf Boden, der belastet ist, aber noch keinen „*gefährlichen Abfall*“ darstellt – haben die Bieter gemäß Leistungsbeschreibung die Entsorgung durchzuführen, wobei verschiedene Bodenbelastungsklassen (Z 1, Z 2, Z 3) in Leistungspositionen zusammengefasst sind (Ziffer 4.2.210, 4.2.220), für die Einheitspreise anzubieten sind. Bestandteil der Vergabeunterlagen war als Anlage zur Baubeschreibung ein „*Gutachten zu den Untersuchungen von Kernproben gem. LAGA TR Boden, DepV und BBodSCHV*“ der Bundesanstalt für Gewässerkunde („BfG“) vom 1. Dezember 2015, welches auf der Basis stichprobenartiger Untersuchungen Aufschluss gibt über die Beschaffenheit des auszubaggernden Bodens, insbesondere über die Zuordnung des Bodenmaterials zu verschiedenen Schadstoffklassen.

Ausweislich des Formblatts 313-B (Gewichtung Zuschlagskriterien - Bauleistungen) erfolgt die Bewertung der Angebote nach dem Preis (80 Wichtungspunkte) und dem technischen Wert (20 Wichtungspunkte). Das Kriterium „*Technischer Wert*“ ist untergliedert in die gleichgewichteten Unterkriterien „*Bauverfahren*“ und „*Bauablauf*“.

Gemäß Ziff. 1.5 des Formblatts 313-B werden die Unterkriterien wie folgt bewertet

„Die Bewertung der von den Bietern zu den Unterkriterien mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen gemäß Nr. 3.3 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots erfolgt über eine Punktebewertung:

- 10 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine sehr gute Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen,*
- 7,5 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine gute Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen,*
- 5 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine befriedigende Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen,*
- 2,5 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers eine über die Erfüllung der Grundanforderungen hinausgehende aber noch nicht befriedigende Erfüllung erwarten lassen,*
- 0 Punkte erhält ein Bieter, wenn die Angaben in den vorgelegten Unterlagen aus Sicht des Auftraggebers allenfalls die Erfüllung der Grundanforderungen erwarten lassen.*

Die Unterkriterien werden innerhalb des jeweiligen Kriteriums gleich gewichtet. Bei jedem Kriterium wird der Mittelwert mit drei Stellen nach dem Komma aus den Punkten der Unterkriterien berechnet.“

Unter Ziff. 3 des Formblatts 313-B gibt die Ag folgende „*Erläuterung zur Punktebewertung*“:

„Im Unterkriterium Bauablauf wird als eine sehr gute Erfüllung (10 Punkte) bewertet, wenn ein Bauablaufplan mit nachfolgenden Eigenschaften abgegeben wird:

Darstellung des gesamten Bauablaufs von der Technischen Bearbeitung bis zur Fertigstellung der Gesamtbaumaßnahme anhand eines Bauablaufplans mit Darstellung aller Bearbeitungsschritte.

Beschreibung des Bauablaufs mit allen wesentlichen Bauphasen (z.B. kritische Bauphasen und Fristen aufgrund von Schnittstellen).

Alle Anforderungen an den Bauablauf des Hauptangebotes (ohne Nebenangebote) aus Vertragsunterlagen werden erkannt und dargestellt.

Die Abhängigkeiten der Vorgänge sind untereinander mit entsprechenden Verknüpfungen dargestellt.

Im Unterkriterium Bauablauf wird als eine gute Erfüllung (7,5 Punkte) bewertet, wenn ein Bauablaufplan mit nachfolgenden Eigenschaften abgegeben wird:

Darstellung des gesamten Bauablaufs von der Technischen Bearbeitung bis zur Fertigstellung der Gesamtbaumaßnahme anhand eines Bauablaufplans mit Darstellung aller Bearbeitungsschritte.

Beschreibung des Bauablaufs mit allen wesentlichen Bauphasen (z.B. kritische Bauphasen und Fristen aufgrund von Schnittstellen).

Fast alle Anforderungen an den Bauablauf des Hauptangebotes (ohne Nebenangebote) aus Vertragsunterlagen werden erkannt und dargestellt.

Die Abhängigkeiten der Vorgänge sind zumindest im Wesentlichen untereinander mit entsprechenden Verknüpfungen dargestellt. [es folgen entsprechende Ausführungen für die Vergabe von 5, 2,5 und 0 Punkten; Anm. d. Kammer]"

Die in Satz 1 der Ziff. 1.5 in Bezug genommene Nr. 3.3 des Angebotsaufforderungsschreibens lautet:

„Vorlage von mit dem Angebot auf gesonderter Anlage vorzulegende Unterlagen zu den in der Anlage „Gewichtung der Zuschlagskriterien“ genannten bzw. angekreuzten Zuschlagskriterien:“

Nach dem „:“ findet sich kein Eintrag.

Unter Nr. 3.1 des Angebotsaufforderungsschreibens wird u.a. die Vorlage eines Bauzeitenplans mit dem Angebot verlangt.

In Ziff. 5.2.5 - Bauzeitenplan führt die Ag Folgendes aus:

„Der AN hat zur Angebotsabgabe einen Grobablaufplan vorzulegen. Grundlage für die Bearbeitung sind die Vertragstermine der Besonderen Vertragsbedingungen und die Leistungsbeschreibung.

Der detaillierte Bauzeitenplan ist zwei Kalenderwochen nach Auftragsvergabe an den AG zu überreichen. Aus diesem Bauzeitenplan muss auch der Zeitbedarf für die technische Bearbeitung, die Reihenfolge der Bauarbeiten und der Zeitbedarf für das Einrichten und Räumen der Baustelle ersichtlich sein. Der Bauzeitenplan muss die internen und externen Abhängigkeiten enthalten und eindeutig aufzeigen.

Der Bauablauf ist vom AN unter Berücksichtigung u.a. folgender Punkte umfassend darzustellen und zu erläutern:

- *Aufstellung eines detaillierten Bauablaufplanes unter Berücksichtigung der Randbedingungen*

- *Berücksichtigung der Schnittstellen mit anderen Bauabschnitten*
- *Bodenverbringung*
- *Baustraßen / Zuwegung*
- *Abstimmung mit dem AG.*

Der Auftragnehmer hat bei der Erstellung des Bauzeitenplanes die Vertragsfristen gemäß der Besonderen Vertragsbedingungen in den Bauablaufplan aufzunehmen, entsprechend zu berücksichtigen und deutlich darzustellen.

In seinem Bauzeitenplan hat der AN nur seinen geplanten zeitlichen Ablauf der Baumaßnahme darzustellen.“

Ausweislich der LV-Position 1.2.150. („*Bauzeitenplan liefern*“) muss der spätere Auftragnehmer einen

*„Bauzeitenplan mit einer Aufgliederung in die wesentlichen Leistungen prüffähig liefern für die Baumaßnahme als Balkenplan für den nach Wahl des AN geplanten Bauablauf. Mindestens vierteljährlich auf Grundlage des Ist-Bauablaufs nach Abstimmung mit AG fortschreiben.
(...)*

Der Bauablauf wird in der Baubeschreibung unter Ziffer 3.2 wie folgt beschrieben:

„3.2 Bauablauf / Reihenfolge der Bauarbeiten

Einschränkungen infolge Lärmschutz für siehe Punkt 2.10.7.

Es sind möglichst viele Teilleistungen gleichzeitig abzuwickeln, um die Bauzeit so kurz wie möglich zu halten.

Der Einfahrtsbereich ist wegen des Probetriebs (siehe 1.2.4.3.1) so früh wie möglich herzustellen.

Die Schüttung des Damms auf der Nordseite (siehe 1.2.4.3.3) ist so früh wie möglich auszuführen.

Für den Abbruch der Spundwand des Unteren Haltungsabschluss des [...] im Bereich der Durchfahrtsöffnung sowie für den Bodenaushub in diesem Bereich sind Abstimmungen mit der [...] erforderlich.“

In der Baubeschreibung (dort Pkt. 1.2.4.3.1., S. 18 und 1.5, S. 37) finden sich Ausführungen, die sich (u.a.) auf den Probetrieb des parallel zu erstellenden neuen [...] auf der Nachbarbaustelle [...] beziehen:

„1.2.4.3.1 Probetrieb

Der Probetrieb des neuen [...] wird während der Bauzeit des [...] mit einem 114 m langen und 2,8 m abgeladenen Schubverband - auch im [...] - erfolgen. Der Einfahrtsbereich ist darum so früh wie möglich herzustellen.

(...)

1.5 Gleichzeitig ablaufende Bauarbeiten

Im Bereich des Baufeldes "[...]" werden u.a. nachfolgend aufgelistete Handlungen parallel durch die [...] durchgeführt:

- Anschluss der RW-Überläufe im Bereich der Baufeldgrenze
- Anschluss der Spaltwasserauslaufleitungen im Bereich der Baufeldgrenze und im Baufeld des AN
- Anschluss der Löschwasserableitung (inkl. Schieber) im Bereich der Baufeldgrenze und im Baufeld des AN
- Probetrieb des [...]

(...)

In der LV-Position 1.2.50. ist der Mehraufwand für den Probetrieb zu bepreisen. Die Position lautet:

„1.1.50. Mehraufwand Probetrieb [...]

Zur Erprobung des [...] wird während der Bauzeit ein Schubverband/Güterschiff der [...] auch die Baustelle [...] befahren.

Es ist mit tageweisen

Einschränkungen der Baufreiheit durch diesen

Schiffsverkehr zu rechnen, maximal 5 Werktage pro Monat.

Dies ist mit [...] abzustimmen.

Einschränkungen bei der Zugänglichkeit zum Baufeld,

Unterbrechungen und zeitliche und räumliche

Verschiebungen der Bauarbeiten durch diesen

Probetrieb mindestens einkalkulieren.

4,000 Mt“

Das von der ASt abgegebene Angebot liegt ausweislich des Submissionsergebnisses preislich auf Platz 1.

Die Ag teilte der ASt mit Schreiben vom 16. November 2016 gem. § 134 GWB mit, dass deren Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Das Unterkriterium „Bauablauf“ habe von der Ag nur mit 7,5 Punkten bewertet werden können, weil die Darstellung des Probetriebs fehle. Zudem fehle in Teilen die Darstellung der Verknüpfung der wesentlichen Vorgänge, was ebenfalls eine Bewertung mit der vollen

Punktzahl verhindern. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) zu erteilen.

Hiergegen wandte sich die ASt mit Schreiben vom 23. November 2016. Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 24. November 2016 ab, der Rüge zu entsprechen.

2. Mit einem am 25. November 2016 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Nachprüfungsantrag hat die Kammer der Ag am gleichen Tag übermittelt.
 - a) Die ASt trägt vor, dass die Abwertung ihres Angebots im Unterkriterium „*Bauablauf*“ unberechtigt sei. Die Wertung der Ag stelle sich als intransparent und von sachfremden Erwägungen geleitet dar. Im Einzelnen:

Nach Ziff. 3.3 der Aufforderung zur Angebotsabgabe („*Vorlage von mit dem Angebot (...) vorzulegende Unterlagen zu den in der Anlage „Gewichtung der Zuschlagskriterien“ genannten bzw. angekreuzten Zuschlagskriterien.*“) seien mangels Eintragungen nach dem „:“ schon keine Unterlagen von den Bietern vorzulegen gewesen. Daher könne die Wertung der Ag schon aus diesem Grund nicht zutreffend sein, weil ohne wirksame Anforderung des Bauablaufplans keine vergaberechtliche Grundlage für eine Bewertung existiere. Zwar sei unter Ziff. 3.1 die Vorlage auch eines Bauzeitenplans gefordert worden. Dieser sei jedoch offensichtlich nicht für die Wertung angefordert worden, da ansonsten Ziff. 3.3 überflüssig wäre.

Ein detaillierter Bauzeitenplan sei darüber hinaus nach dem Zuschlag zu erstellen, so dass – wenn überhaupt – nur ein grober Ablaufplan habe vorgelegt werden müssen. Entsprechend sehe Ziffer 5.2.5 der Baubeschreibung auch nur die Vorlage eines Grobablaufplans mit der Angebotsabgabe vor. Der nach Zuschlagserteilung zu erstellende, detailliertere Bauzeitenplan sehe auch erst die „*Berücksichtigung der Schnittstellen mit anderen Baustellen*“ vor. Diese Vorgaben würden zusätzlich dadurch flankiert, dass dieser Bauzeitenplan gesondert vergütet werde (LV-Pos 1.2.150).

Unabhängig von der Frage nach seiner wirksamen Forderung habe die ASt in ihrem Angebot einen Bauzeitenplan nebst einem Erläuterungsbericht zum Bauablauf beigelegt.

Sachfremd sei die bei der Wertung angelegte Erwartung der Ag, dass der sich aus Pos. 1.1.50 ergebende Mehraufwand für den Probebetrieb des [...] aus dem Nachbarbauabschnitt auch als „Schnittstelle“ im Bauzeitenplan abgebildet werden müssen, um eine optimale Bewertung zu erhalten. Da der Probebetrieb erst 2018 erfolgen werde, die meisten Arbeiten dann bereits abgeschlossen seien, sei schon fraglich, weshalb die Ag die Qualität des Angebots u.a. von der Darstellung eines Balkens „Probebetrieb“ im Ablaufplan abhängig mache. Um einen Termin für den Probebetrieb angeben zu können, wäre zudem eine Abstimmung der ASt mit der [...] bereits vor Vertragsschluss erforderlich gewesen; dies sei jedoch vergaberechtlich nicht zulässig. Es sei für die ASt nicht erkennbar gewesen, wann die [...] des benachbarten Abschnitts mit ihrem Probebetrieb beginnen werde. Als verbindliche Ausführungsfristen seien lediglich der Baubeginn und die Bauzeit in den Besonderen Vertragsbedingungen genannt worden. Außerdem sei eine Gesellschafterin der [...] die hiesige Bg, so dass eine Abstimmung mit der [...] vor Angebotsabgabe wenig erfolgversprechend gewesen sei. Die Ag verlagere faktisch die sie selbst treffenden Koordinierungspflichten auf die Bieter und mache sie zum Gegenstand der Angebotswertung.

Die Baubeschreibung (Ziff. 1.2.4.3.1 und Ziff. 3.2) erwähne den Probebetrieb im Übrigen nur rudimentär. Keinerlei Hinweis auf ihn finde sich etwa in Ziff. 5.2.5 zum mit dem Angebot einzureichenden Plan. Die eigenen Ausführungen der Ag verlangten demnach nicht ausdrücklich eine Darstellung der sich durch den Probebetrieb eines dritten Unternehmens ergebenden Behinderungen. Vielmehr sei der Probebetrieb Teil der gesondert anzubietenden Leistung gewesen (Pos. 1.1.50). Diesen Mehraufwand habe die ASt auch bepreist; mehr könne die Ag nicht fordern. Die Abwertung sei daher auf einer sachfremden Erwägung hin erfolgt, so dass die Wertung zu wiederholen sei.

Auch die Abwertung des Unterkriteriums „Bauablauf“ aufgrund einer angeblich unzureichenden Darstellung der Verknüpfungen der Teilleistungen untereinander sei nicht nachvollziehbar. Die Ag verkenne zunächst, dass in einem vernetzten Balkenplan nicht sämtliche Vorgänge miteinander verknüpft werden müssten. Die ASt habe alle Vorgänge, die auf dem kritischen Weg liegen, miteinander verknüpft dargestellt. Eine

Verknüpfung sämtlicher Vorgänge miteinander – wie sie die Ag in ihrer Rügeantwort als Erwartung zum Ausdruck gebracht habe – sei baubetrieblich unsinnig. Einer Darstellung von Verknüpfungen, die nicht voneinander abhingen, bedürfe es nicht. Ebenso verkenne die Ag, dass sich Vorgänge, die sich erst durch Koordinierung mit der Nachbarbaustelle ergeben, wie etwa bei deren Probetrieb, noch nicht bei Angebotsabgabe verknüpft dargestellt werden könnten. Außerdem habe die Ag selbst nur unzureichende Hinweise auf Abhängigkeiten der Teilleistungen untereinander in den Vergabeunterlagen gegeben, so dass die Prämisse der Ag, dass eine sehr gute Bewertung das „*Erkennen der Abhängigkeiten*“ voraussetze, ins Leere gehe. Darüber hinaus liefen viele der – von der Ag als Beispiel für unzureichend dargestellte Abhängigkeiten – Tätigkeiten ohnehin parallel, so dass Verknüpfungen gar nicht ausweisbar seien bzw. die Darstellung von Anfang-Anfang-Beziehungen ohne erkennbaren Mehrwert für die Ag seien. Die Wertung sei sehr formalistisch erfolgt und ein preislich führendes Angebot werde allein aufgrund von Darstellungs-Fragen qualitativ abgewertet.

Die ASt beantragt,

1. die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens gem. §§ 160 ff. GWB;
2. der Ag aufzugeben, den Zuschlag nicht auf das Angebot der Bg zu erteilen, sondern die Wertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Kammer zu wiederholen,

hilfsweise:

festzustellen, dass die ASt durch den Ausschluss ihres Angebotes in ihren Rechten verletzt ist;

3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Weiterhin beantragt die ASt Akteneinsicht gem. § 165 GWB.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen;
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag verteidigt ihre Wertungsentscheidung als beurteilungsfehlerfrei. Im Unterkriterium „Bauablauf“ sei in Bezug auf das Angebot der ASt eine Wertung mit der optimalen Punktzahl 10 angesichts der fehlenden Darstellung des Probetriebs und der von ihr unvollständig ausgewiesenen Verknüpfungen der wesentlichen Vorgänge nach den für dieses Unterkriterium gemachten Vorgaben nicht möglich, ohne ihrerseits als beurteilungsfehlerhaft qualifiziert zu werden.

Zum Bauablauf gehörten auch die Störungen, die aufgrund des Probetriebs durch die [...] für die Nachbarbaustelle entstünden. Der Auftragnehmer unterliege der Koordinationspflicht des § 4 Abs. 1 VOB/B mit den anderen Auftragnehmern auf der Baustelle. Die Ag habe in der Baubeschreibung an mehreren Stellen auf den Probetrieb hingewiesen und den Mehraufwand für die streitgegenständliche Ausschreibung – entgegen der üblichen Vorgehensweise – sogar in einer zu bepreisenden Leistungsposition (1.1.50) berücksichtigt. Die aus dem Probetrieb auf der Nachbarbaustelle resultierenden Behinderungen und zeitlichen Verzögerungen habe der Bieter auch bei seinen Planungen für das hiesige Verfahren berücksichtigen und daher auch im Bauablauf darstellen müssen. Denn die Ag habe bei der Wertung überprüfen müssen, ob der Bieter die Anforderungen der Baubeschreibung und des Leistungsverzeichnisses erkannt und entsprechend umgesetzt habe. Dem sei die ASt nicht vollumfänglich durch den von ihr eingereichten Bauablaufplan gerecht geworden.

Diese Darstellung sei der ASt auch möglich gewesen, ohne vorab eine Abstimmung mit der [...] vornehmen zu müssen. Sie hätte beschreiben können, dass es zu den Einschränkungen kommen werde, dass der Einfahrtbereich möglichst frühzeitig – wie in der Baubeschreibung verlangt (Ziff. 1.2.4.3.1. und 3.2) – fertiggestellt werden müsse,

wie die Behinderungen innerhalb des vier-Monats-Zeitraums des Probebetriebs möglichst gering gehalten werden könnten, wie eine Abstimmung mit der [...] nach Vertragsschluss erfolgen und wie sie ihren diesbezüglichen Koordinierungspflichten nachkommen werde. Allein die Bepreisung der Leistungsposition sei unzureichend.

Zudem erfülle die ASt nicht die Vorgabe, dass die Abhängigkeiten der Vorgänge untereinander mit entsprechenden Verknüpfungen dargestellt sein müssten. Bei einer Vielzahl von sich untereinander bedingenden Teilleistungen fehle die Angabe der Verknüpfung, so dass auch aus diesem Grund keine Vergabe von 10 Punkten zugunsten der ASt möglich gewesen sei. Die ASt könne sich nicht darauf zurückziehen, dass sich einzelne Abläufe ohnehin technisch bedingten, so dass die Darstellung obsolet sei. Gerade dies – ob die Bieter die Abhängigkeiten erkannt hätten – habe die Ag bewerten wollen. Aufgrund der (teilweise) fehlenden Darstellung wesentlicher Abhängigkeiten – die Einzelheiten haben ASt und Ag als Geschäftsgeheimnis der ASt deklariert – könne die Ag nicht erkennen, welche Verschiebung bei einer Teilleistung zeitliche Verzögerungen bei anderen Leistungen nach sich ziehen würden. Da die Voraussetzungen des Unterkriteriums „*Bauablauf*“ kumulativ vorliegen müssten, könne die Ag auch nicht über die unzureichende Darstellung im Wege einer Gesamtschau hinwegsehen.

Soweit die ASt die Vorgaben der Ag in Bezug auf die Bewertung des Bauablaufs als „baubetrieblichen Unsinn“ oder „sachfremd“ bezeichne, könne sie hiermit nicht mehr gehört werden. Sie habe die bekannt gegebene Vorgehensweise bei der Wertung vor Ablauf der Angebotsabgabefrist nicht beanstandet und sei daher präkludiert.

Soweit die ASt im Nachprüfungsverfahren erstmals einen Widerspruch im Formblatt 313-B hinsichtlich der Vorlagebedürftigkeit eines Bauablaufplans bereits mit dem Angebot moniere, sei sie mit diesem Vortrag ebenfalls präkludiert. Diese vermeintliche, aus ihrer Sicht erkennbare Diskrepanz habe sie nicht bis zur Angebotsabgabe gerügt. Zudem habe sie – wie im Übrigen alle anderen Bieter auch – erkannt, welche Unterlagen sie einzureichen habe und folgerichtig ihrem Angebot auch einen Bauablaufplan beigefügt. Die ASt könne nicht argumentieren, dass sie einen detaillierteren Bauablaufplan einschließlich der Darstellung des Probebetriebs und der fehlenden Verknüpfung hätte einreichen können, wenn die Forderung nach dem Plan auch zusätzlich unter Ziff. 3.3 der Angebotsaufforderung enthalten gewesen wäre.

- c) Mit Beschluss vom 28. November 2016 ist die Bg zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogen worden.

Die Bg beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der ASt werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg auferlegt.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Bg wird für notwendig erklärt.

Darüber hinaus beantragt die Bg Akteneinsicht gemäß § 165 GWB.

Nach Auffassung der Bg ist der Nachprüfungsantrag der ASt bereits teilweise unzulässig. Soweit die ASt vortrage, es habe sich aus den Vergabeunterlagen nicht ergeben, dass überhaupt Unterlagen (konkret hier der Bauablaufplan) einzureichen gewesen seien, sei sie präkludiert. Denn sie habe den vermeintlichen Widerspruch zwischen der Ziff. 3.3 der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Anlage ASt 3) und deren Anlage (Anlage ASt 4) nicht vor Angebotsabgabe gerügt. Der vermeintliche Widerspruch ergebe sich unmittelbar aus den Vergabeunterlagen und sei mithin auch erkennbar. Darüber hinaus könne die ASt auch nicht darlegen, wie sie durch die vermeintliche Widersprüchlichkeit in ihren Rechten verletzt werde. Sie sei offenbar in der Lage gewesen, der Vorlagepflicht bezüglich der Unterlagen für die Wertung durch das Einreichen des Bauablaufplans einschließlich eines Erläuterungsberichtes nachzukommen, so dass ihr aus dem vermeintlichen Widerspruch kein Schaden zu entstehen drohe.

Im Ausgangspunkt könne die erkennende Kammer keine Änderung der Bewertung der Ag vornehmen. Denn sie dürfe die vergleichsweise gute Benotung der ASt durch die Ag nicht durch eine eigene Wertung ersetzen. Ein solches Ergebnis sei nicht vom Prüfungsumfang der Kammer umfasst.

Auch in der Sache erweise sich die Wertungsentscheidung der Ag als vergaberechtskonform; eine Überschreitung des der Ag zustehenden Beurteilungsspielraums sei nicht auszumachen. Die Nichtberücksichtigung des Probetriebs im Bauablaufplan der ASt führe schon deshalb zur Abwertung ihres Angebots, weil die ASt gerade nicht – wie gefordert – alle wesentlichen Bauphasen berücksichtigt habe. Da beim Probetrieb ein Schubverband auch in das Baufeld des [...] eindringen werde, seien Einschränkungen bei den dortigen Bauarbeiten zu besorgen. Nach den bekannt gegebenen Schätzungen der Ag könnten an 20 Werktagen Behinderungen auftreten. Diese seien so gravierend, dass die Ag ausnahmsweise sogar gesondert vergütet würden (LV-Pos 1.1.50).

Auch dass nur ein Grobablaufplan mit Angebotsabgabe gefordert worden sei, mache die Entscheidung der Ag nicht beurteilungsfehlerhaft, ebenso wenig dass die Ag selbst den Probetrieb in der Beschreibung des Bauzeitenplans unter Ziff 5.2.5 nicht ausdrücklich erwähnt habe. Die Leistung des Bieters sei es gewesen, einen durchdachten Bauablaufplan vorzulegen, was die Einbeziehung des Probetriebs beinhalte. Die in den Vergabeunterlagen vorgenommenen Festlegungen seien für einen fachkundigen Bieter hinreichend aussagekräftig und bestimmt gewesen. Auch sei es nicht erforderlich gewesen, sich bereits zur Angebotsabgabe mit der [...] der Nachbarbaustelle zeitlich abzustimmen. Für eine Erwähnung im Bauablauf sei ein Abstellen auf die 20 Werktage (fünf Werktage pro Monat über einen Zeitraum von vier Monaten) und die Angabe, wann man selbst mit den eigenen Leistungen fertig zu werden gedenke, ausreichend.

Darüber hinaus könnten der ASt im Unterkriterium „*Bauablauf*“ auch deshalb keine zehn Punkte zuerkannt werden, weil bei ihrer Darstellung des Bauablaufs Verknüpfungen fehlten. Entgegen dem Vortrag der ASt werde ihr nicht der Vorwurf gemacht, dass sie nicht alle theoretisch denkbaren Verknüpfungen angegeben habe, sondern vielmehr, dass sie sich auf die Darstellung einzelner wesentlicher Abhängigkeiten beschränkt habe. Die Ag habe an keiner Stelle verlangt, dass alle Vorgänge miteinander verknüpft dargestellt werden sollten. Insofern gehe auch der Vorwurf der ASt, die Ag fordere „*baubetrieblichen Unsinn*“ ins Leere.

3. Der ASt und der Bg ist jeweils in Absprache mit der Ag Akteneinsicht gewährt worden. Die Fünf-Wochen-Frist wurde durch Verfügung der Vorsitzenden zwei Mal, zuletzt bis zum 30. Januar 2017 einschließlich verlängert. In der mündlichen Verhandlung vom 20. Dezember 2016 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert.
4. Im Nachgang zur mündlichen Verhandlungen übersandte die Kammer den Verfahrensbeteiligten in Absprache mit der Ag zusätzliche, bislang von dieser nicht freigegebene Bestandteile der Vergabeakte (Vergabevermerk Teil 3, S. 2f.).
 - a) Danach stellte ein drittes Unternehmen mit Schreiben vom 13. Oktober 2016, Eingang bei der Ag am 14. Oktober 2016 per Fax um 8.23 Uhr, zwölf Bieterfragen. Ausweislich des Vermerks hat die Ag ihre Verfahrensbevollmächtigten sowie die BfG um Hilfestellung bei der Beantwortung einiger Fragen gebeten. Im Ergebnis der rechtlichen Beratung wurde festgehalten, dass die Fragen nicht rechtzeitig nach § 12 a Abs. 3 EU VOB/A gestellt worden seien, denn die Frist nach dieser Vorschrift sei am 13. Oktober 2016 um 24.00 Uhr abgelaufen. Außerdem seien die Zusatzinformationen, die sich aus den Fragen ergäben, für die Angebotserstellung unerheblich, insbesondere da sich die Fragen ausschließlich auf das Schadstoffgutachten der BfG bezögen, welches der Baubeschreibung anläge (vgl. im Einzelnen die Ausführungen der Ag im Vergabevermerk, a.a.O.). Eine nochmalige Verlängerung der Angebotsfrist käme nicht in Betracht, in Abwägung aller Risiken der Möglichkeiten eines Umgangs mit dem Fragenkatalog sei nur dem fragestellenden Mitglied der ASt geantwortet worden. Das BfG habe nicht rechtzeitig vor Absendung des Antwortschreibens an den Fragesteller geantwortet, der zuständige Sachbearbeiter sei am 17. und 18. Oktober 2016 telefonisch nicht erreichbar gewesen. Das Schreiben der Ag vom 18. Oktober 2016, das die Fragen des dritten Unternehmens im Wortlaut wiedergibt und gleichzeitig die Antworten formuliert, lautet wie folgt:

„(...)“

wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 13.10.2016, das Sie uns am 14.10.2016 per Fax übermittelt haben und dem Sie Bieterfragen gestellt haben.

Gemäß § 12 a Abs. 3 EU VOB/A ist Ihr Auskunftsverlangen verspätet, weil am 14.10.2016 die 6-Kalendertage-Frist bereits abgelaufen war. Sie endete am 13.10.2016 (vgl. Planker, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, § 12 EG Rn 22).

Wir sehen deshalb weder die Pflicht noch die Notwendigkeit Ihre Fragen zu beantworten. Dennoch geben wir folgende Hinweise und beantworten folgende Fragen:

Grundsätzlich ergeben sich die geschuldete Leistung und die Abrechnung der geschuldeten Leistung aus dem Leistungsverzeichnis, der Baubeschreibung und den Ausschreibungsplänen. Die Anlage "Böden Gutachten 2015" ändert daran nichts, sie dient nur als Information über die bei der vorab durchgeführten Bodenbeprobung vorgefundenen Verhältnisse. Eine Nachbeprobung der gefährlichen Abfälle wird erfolgen (vgl. Pos. 4.2.190 und 200 des LV) und ist im Hinblick auf die Leistungserbringung und Vergütung entscheidend.

Zu Ihren Fragen:

1. Wie soll die Abgrenzung der Rasterfelder untereinander erfolgen?
Gerade im Nassbaggerbereich ist mit nachrutschenden Böschungen der benachbarten Rasterfelder zu rechnen, was zwangsweise zur Vermischung verschiedener Belastungsklassen führt.

Antwort: Die Abgrenzung erfolgt gemäß Leistungsbeschreibung. Hier sind insbesondere zu beachten die **Baubeschreibung Punkt 3.8** „Alle Abfälle sind sortenrein und mittels selektiven Rückbaus bereitzustellen.“, und das **LV Position 1.2.70. Erstellung Geländemodell** „Erstellung eines digitalen 3D-Geländemodells auf Grundlage der Geländeaufnahme des AN und der Deklarationsanalyse des Bodens, zur sortenreinen Baggerung und Entsorgung der unterschiedlich belasteten Böden. Digitale Weiterbearbeitung u.a. für Ausführungsunterlagen und Mengenermittlung. DGM und Ausdrucke dem AG zur Kontrolle uebergeben.“ Auf Grundlage obiger LV-Position ist unter anderem gefährlicher Abfall gemäß **LV Position 4.2.190** zu baggern und zwischenzulagern.

Gemäß § 9 KrWG dürfen gefährliche Abfälle nicht mit anderen Kategorien von gefährlichen Abfällen oder mit anderen Abfällen, Stoffen oder Materialien vermischt werden. Kontaminationen dürfen nicht übertragen werden (siehe auch Antwort auf Frage 2)

2. Gemäß Ausschreibungsunterlagen, konkret Anlage „Böden Gutachten 2015“, unterscheiden sich nicht nur die Schadstoffkonzentrationen der Rasterfelder, sondern auch die Schadstoffkonzentrationen einzelner Schichten innerhalb eines Rasterfeldes. Selbst bei exakter Einhaltung der vorgegebenen Rasterfelder sowie der Schichtstärken ist davon auszugehen, dass Kontaminationen übertragen werden. Bei einer zu erwartenden Nachbeprobung des Entsorgers, welcher eine Rasterfeldbeprobung nicht als maßgeblich erachtet, sind daher andere Ergebnisse zu erwarten, als die Rasterfeldbeprobung erwarten lässt. Wie soll dieser Umstand in der Kalkulation berücksichtigt werden?

Antwort: Gemäß § 9 KrWG dürfen gefährliche Abfälle nicht mit anderen Kategorien von gefährlichen Abfällen oder mit anderen Abfällen, Stoffen oder Materialien vermischt werden. Kontaminationen dürfen nicht übertragen werden. Dies hat der AN durch die von ihm zu wählende Technologie zu gewährleisten.

3. Pos. 4.3.80: Wir bitten um Mitteilung welchen Zeitraum Sie für die Entsorgung benötigen und ab wann die Schuten wieder zur Verfügung stehen.

Antwort: Der vom Bieter zu berücksichtigende Zeitraum ist in der Position angegeben.

4. Pos. 4.2.190: In der Baubeschreibung wird auf die beengten Platzverhältnisse hingewiesen. Wir bitten um Benennung der Lagerplätze für die Haufwerke der Pos. 4.2.190 sowie um Mitteilung der Förderweglänge.

Antwort: Siehe Baubeschreibung Punkt 3.8.3: „Vorher werden diese Böden vorort auf Haufwerke gesetzt und nachbeprob. Dies betrifft die Bereiche der Probennummern B12b, B14b, B15c, B29a, B31c, B41c, B43b, 844a, B46b, B47b, B49a, B49b, B50a, B51a, B54a, B60a, B63a, B64c der Deklarationsanalyse[9].“

5. Die Zuordnung der Bodenkontamination erfolgt im BFG-Bericht Nr. 1875 nach Z-Klassen. Die Entsorgungspositionen 4.3.30 und 4.3.40 sehen eine Entsorgung nach DK-Klassen vor. Wir bitten um Mitteilung wie die Z-Klassen der Rasterfelder den DK-Klassen der Entsorgungspositionen zugeordnet werden sollen. Ebenso bitten wir um eine verbindliche Mitteilung, welche LAGA zur Anwendung bei der Einstufung in Z-Klassen kam.

Antwort: Für die Zuordnung kann die Mitteilung der Länderarbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA) 20 „Anforderungen an die stoffliche Verwertung von mineralischen Abfällen - Technische Regeln - Allgemeiner Teil, hier insbesondere die **Abbildung I.4-2: Darstellung der Einbauklassen** angewendet werden.

Gemäß BFG-Bericht Nr. 1875 Punkt 3.1 erster Absatz kam zur Anwendung „die Mitteilung der Länderarbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA) 20 „Anforderungen an die stoffliche Verwertung von mineralischen Abfällen - Technische Regeln-“ (LAGA 2004).“

6. Im BFG-Bericht Nr. 1875 fehlen die Analyse der Rammbohrkerne B4 für den Bereich 2,00 - 2,50 m, sowie 8,00 - 8,50 m, beim Bohrkern B32 der Bereich 6,00- 6,20m und beim Bohrkern B51 der Bereich 1,70 - 1,75m. Wir bitten diese nachzureichen.

Antwort:

Probe B4: Das Ergebnis der Analytik der Probe B4c gilt für die Schicht von 1,0 m bis 2,5 m statt von 1,0 m bis 2,0 m. Das Ergebnis der Analytik der Probe B4i gilt für die Schicht von 8,0 m bis 9,0 m statt von 8,5 m bis 9,0 m.

Probe B32: Der Bereich unter 6,00 m befindet sich hier bei - 3,50 m NHN, die Höhe der Ausbausohle beträgt an dieser Stelle - 1,80 m NHN. Dieser Bereich wird nicht ausgebagert, die Ergebnisse der Probe B32 sind hier irrelevant.

Probe B51: Das Ergebnis der Analytik der Probe B51d gilt für die Schicht von 1,70 m bis 3,0 m statt von 1,75 m bis 3,0 m.

7. Des Weiteren gibt es beim Bohrkern B50 eine Überschneidung im Bereich 1,80 - 1,85m. Wir bitten um Aufklärung, welcher Analyse für diesen Bereich angewendet werden soll.

Antwort: Das Ergebnis der Analytik der Probe B50c gilt für die Schicht von 1,00 m bis 1,80 m statt von 1,00 m bis 1,85 m.

8. Entsprechend der gültigen Vorschriften und Richtlinien (z. B. Leitfaden zur Probenahme und Untersuchung von mineralischen Abfällen im Hoch- und Tiefbau) sind je 500 m³ Aushubvolumen mindestens zwei Mischproben zu entnehmen. Dem BFG-Bericht Nr. 1875 ist zu entnehmen, dass Rasterfelder mit 500 m² Fläche gebildet wurden. Je Rasterfeld wurde dann jedoch nur ein

Bohrkern gewonnen. Des Weiteren wurden teilweise Mächtigkeiten von bis zu zwei Metern zu einer Probe zusammengefasst. Daraus ergeben sich Aushubvolumina von bis zu 1.000 m³ je Beprobung. Wir bitten um Bestätigung, dass dieses Vorgehen mit den zuständigen Behörden abgestimmt ist und für die Entsorgung keine zusätzlichen Beprobungen erforderlich sind.

Antwort: Das Vorgehen wurde mit der zuständigen Behörde abgestimmt. Aufgrund dieser Abstimmung sind jedoch auch zusätzliche Beprobungen während der Bauzeit vorgesehen (siehe Leistungsbeschreibung).

9. In der Tabelle 6 des BFG-Bericht Nr. 1875 werden in der zweiten Zeile Werte „extrapoliert“. Wir bitten um Erläuterung, wie Werte von weit entfernten Entnahmepunkten auf andere Bohrkerne extrapoliert wurden.

Antwort: Die Extrapolation wurde mit der zuständigen Behörde abgestimmt. Es wurde von benachbarten Entnahmepunkten, und nicht von weit entfernten extrapoliert.

10. Bei den Proben B8e, B8h, B12f, B27h und B42h wurden maßgebliche Messergebnisse nicht übergeben. Von den Proben B23d, B52d liegen gar keine Messergebnisse vor. Wir bitten um Übergabe der Analysen.

Antwort:

Proben B8e und h: Das Ergebnis der Analytik im Feststoff ist Z0 nach LAGA M20. Gemäß der LAGA M20 Teil 2 Punkt 1.2.2.2 ist es nicht erforderlich, das Eluat zu analysieren, wenn die Feststoffgehalte bei eindeutig zuzuordnenden Bodenarten $\leq Z 0$ sind. Dementsprechend, in Abstimmung mit der zuständigen Behörde, wurde verfahren. Entgegen der Fragestellung handelt es sich darum nicht um maßgebliche Messergebnisse.

Probe B12f: Der Bereich befindet sich bei - 2,00 m NHN und tiefer, die Höhe der Ausbausohle beträgt an dieser Stelle - 1,80 m NHN. Dieser Bereich wird nicht ausgebaggert, die Ergebnisse der Probe B12f sind hier irrelevant.

Probe B27h: Der Bereich befindet sich bei - 2,20 m NHN und tiefer, die Höhe der Ausbausohle beträgt an dieser Stelle - 1,80 m NHN. Dieser Bereich wird nicht ausgebaggert, die Ergebnisse der Probe B27h sind hier irrelevant.

Probe B42h: Der Bereich befindet sich bei - 1,90 m NHN und tiefer, die Höhe der Ausbausohle beträgt an dieser Stelle - 1,80 m NHN. Dieser Bereich wird nicht ausgebaggert, die Ergebnisse der Probe B42h sind hier irrelevant.

Probe B23d: Das Ergebnis der Analytik der Probe B23c gilt für den Bereich B23d.

Probe B52d: Das Ergebnis der Analytik der Probe B23c gilt für den Bereich B52c.

11. Von der Bodenprobe B12f fehlt in der Tabelle 2 die Beschreibung. Wir bitten um Nachreichung.

Antwort: Der Bereich befindet sich bei - 2,00 m NHN und tiefer, die Höhe der Ausbausohle beträgt an dieser Stelle - 1,80 m NHN. Dieser Bereich wird nicht ausgebaggert, er ist hier irrelevant.

12. Dem BFG-Bericht Nr. 1875 ist zu entnehmen, dass die Beprobung bereits im Jahr 2013 durchgeführt wurde. Kann davon ausgegangen werden, dass Schichten, die zum damaligen Zeitpunkt als „Z0“ eingestuft wurden, jedoch von „>=Z2“ Schichten umgeben waren, auch zum heutigen Zeitpunkt noch nach „Z0“ eingestuft werden? Oder ist es zwischenzeitlich zu einem Schadstoffaustrag in andere Schichten gekommen?(Zum Beispiel Bohrkern 41)

Antwort: *Ja, davon ist auszugehen. Dies wurde mit der zuständigen Behörde abgestimmt.“*

- b) Die ASt nahm mit Schriftsatz vom 20. Januar 2017 zu den zusätzlich übersandten Aktenbestandteilen Stellung. Sie macht geltend, dass die Ag die Bieter im Vergabeverfahren offenbar ungleich behandelt habe. Während eine Frage der Bg zum Spundwandprofil die Ag dazu veranlasst habe, noch am 10. Oktober 2016 und damit drei Tage vor Ablauf der Angebotsabgabefrist, diese um eine Woche zu verschieben, seien die von einem dritten Unternehmen gestellten Fragen zwar als verspätet zurückgewiesen, dennoch exklusiv ihm gegenüber beantwortet worden. Dass die Angaben aus Sicht der Ag für die Kalkulation nicht übermäßig wichtig erschienen, sei irrelevant, da hierfür der objektive Empfängerhorizont der Bieter entscheidend sei. Diese müssten selbst entscheiden können, ob die Angaben für ihre Angebotserstellung interessant seien. Die von der Kammer nachgereichten Antworten seien zwar mit Ausnahme der Antwort auf Frage 7 – und hier die Angaben zu Bohrkern 50c aufgrund der Auswirkungen auf das Mengengerüst – preislich unproblematisch. Allerdings werfe die Vorgehensweise der Ag ein bezeichnendes Bild auf die Vergabe in Bezug auf die Gleichbehandlung und die gebotene, von der Ag herzustellende Transparenz.

In ihrem Schreiben vertiefte die ASt nochmals ihren Vortrag bezüglich der aus ihrer Sicht nicht hinreichend deutlich geforderten Darstellung des Probebetriebs im Bauzeitenplan.

- c) Mit einem bei der Kammer am 23. Januar 2017 eingegangenen Schriftsatz nahm die Ag zum Vorbringen der ASt Stellung. Sie sieht sich darin bestätigt, dass die von ihr auf die Bieterfragen gegebenen Antworten eine nur sehr geringe Relevanz für die Kalkulation der Angebote gehabt hätten. Die aus Sicht der ASt allein preisrelevante Information in Antwort 7 (Bohrkern 50c) habe die vorgegebenen Mengen des Leistungsverzeichnisses nicht verändert. Selbst wenn man mit der ASt eine Auswirkung auf das Mengengerüst annehme, wären nur ca. 25 m³ Boden betroffen, welcher jedoch nach der neuen Informationslage nicht zu entsorgen gewesen wäre. Angesichts des von der ASt angebotenen Einheitspreises hätte sie die Pos. 4.2.110 um ca. 2500 € oder – bezogen auf ihren Gesamtangebotspreis – um 0,023 % reduzieren können. Dies belege die Unerheblichkeit der Hinweise.

Auch in rechtlicher Hinsicht liege ein Verstoß nicht vor. Die Bieterfragen des dritten Unternehmens seien schon nicht rechtzeitig gestellt worden, so dass die Fragen nicht unter die Informationspflicht des § 12 a EU VOB/A fielen. Auch der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz gebiete es nicht, die Antworten allen Bietern mitzuteilen, da dieser keine strengeren Anforderungen aufstelle als die spezielleren Regelungen. Aus § 10 a Abs. 6 VOB/A könne auch keine Informationspflicht der Ag abgeleitet werden. Vielmehr belege diese Norm im Umkehrschluss, dass wenn keine Fristverlängerung erfolge, auch keine Information aller Bieter notwendig sei. Alle Verfahrensbeteiligten gingen im Übrigen von der Unerheblichkeit der Informationen aus.

Jedenfalls fehle es der ASt an der erforderlichen Rechtsverletzung. Weder ASt noch Bg trügen vor, dass sie in Kenntnis der Informationen andere Angebote eingereicht hätten. Da der vermeintliche Verstoß somit keinen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt haben könne, scheide eine Zurückversetzung aus, zumal die ASt die im Nachprüfungsverfahren erlangten Kenntnisse über die Vorteile des Angebots der Bg bei der erneuten Angebotserstellung zu deren Nachteil nutzen könnte.

- d) Mit Schriftsatz vom 25. Januar 2017 trägt die Bg vor, dass durch die Nichtübersendung der Antworten kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz begangen worden sei. Die Fragen seien schon nicht rechtzeitig gestellt worden, so dass keine Verpflichtung zur Beantwortung bestanden habe. Die dennoch erteilten Antworten beruhten offenbar allein auf einem subjektiven Informationsmehrbedarf des Fragestellers, so dass kein Erfordernis bestanden habe, diese redundanten Informationen allen Bietern zur Verfügung zu stellen. Dies betreffe sowohl die Aussagen zum Schadstoffgutachten der BfG als auch die sonstigen Hinweise, die sämtlich kalkulationsirrelevant seien. Auch die ASt trage nicht vor, dass sie ihr Angebot anders kalkuliert hätte, wären ihr die Informationen übermittelt worden. Das abstrakte Gleichbehandlungsgebot sei somit nicht durch eine konkrete Ungleichbehandlung der ASt verletzt worden.

Soweit die ASt vortrage, dass die Antwort auf die Frage nach dem Bohrkern 50c preislich problematisch sei, sei ihr zu entgegnen, dass auch diese Antwort kalkulationsunerheblich sei. Denn die hierin zum Ausdruck kommende Verringerung der Schicht um 5 cm mache im Ergebnis lediglich 25 m³ Material aus; außerdem

handele es sich bei der darunterliegenden Schicht um Torf, der nicht zu entsorgen sei. Die Mengen seien ebenfalls nicht geändert worden. Angesichts der Gesamtmenge von 16.600 m³ zu entsorgendem Material mache die Änderung 0,15 % aus. Nach dem hier abzuschließenden VOB/B-Vertrag, der ohnehin von Mengengenauigkeiten ausginge, würde nach Einheitspreisen abgerechnet; eine potentielle Reduzierung um 25 m³ würde diese Preise nicht verändern.

Da die ASt erneut vortrage, dass es ihr auf die Neubewertung ihres Angebots ankomme, dürfe die Kammer auch nicht von Amts wegen das Vergabeverfahren zurückversetzen. Zwar bestehe keine Bindung der Kammer an die Anträge; allerdings wäre die ASt bei einer Zurückversetzung schlechter gestellt, weil sie in der Beschwerdeinstanz nicht nur gegen die zurückgewiesene Falschbewertung des Angebots in qualitativer Hinsicht, sondern auch gegen die von der Kammer ausgesprochene Zurückversetzung angehen müsse, um ihr ursprüngliches Rechtsschutzziel, den Erhalt des Zuschlags mit dem von ihr eingereichten Angebot, zu erreichen.

5. Auf die Durchführung einer zweiten mündlichen Verhandlung haben die Verfahrensbeteiligten verzichtet. Im Übrigen wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, im Übrigen jedoch unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
 - a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes (§ 159 Abs. 1 Nr. 1 GWB) ist eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Bauauftrag bezieht, der dem Bund zuzurechnen ist und dessen Auftragswert oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts (§ 106 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit a) VO(EU) 205/2170 vom 24. November 2015) liegt.

- b) Die ASt ist auch grundsätzlich gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Insbesondere hat sie mit ihren Rügeschreiben und dem Einreichen des Nachprüfungsantrags ihr Interesse am Auftrag hinreichend belegt. Sie macht geltend, dass die Wertung der Ag in Bezug auf die qualitativen Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig sei und sie bei korrekter Bewertung ihres Angebots für den Zuschlag in Betracht komme.
- c) Die ASt hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße rechtzeitig gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 2, 3 GWB gerügt. Eine Präklusion wegen des von der ASt geltend gemachten Widerspruches zwischen Ziffer 3.3 des Angebotsaufforderungsschreibens und Ziffer 3 des Formblatts 313-B und der damit einhergehenden Unklarheit in Bezug auf die Vorlage eines Bauablaufplans ist nicht festzustellen. Dass dies ein Mangel an Transparenz und damit ein Vergaberechtsverstoß hinsichtlich der Wirksamkeit der Forderung darstellen könnte, war jedenfalls im Rechtssinne von einem durchschnittlichen Bieter nicht ohne Weiteres zu beantworten bzw. einzuschätzen. Dies wird auch durch die tatsächliche Angebotslegung der Bieter belegt (siehe sub 2. a) aa)). Im Übrigen wendet sich die ASt gegen die konkrete Wertung ihres Angebots in qualitativer Hinsicht, was ohnehin erst nach deren Offenlegung zu ihrer Kenntnis gelangen und in der Folge beanstandet werden konnte.

Soweit die Kammer im Nachgang zur mündlichen Verhandlung im Rahmen ihrer Amtsermittlung zusätzliche Aktenbestandteile nach deren Freigabe durch die Ag der ASt zur Verfügung gestellt hatte, um Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten zu der unterlassenen Übermittlung von Antworten auf Bieterfragen einzuholen, betrafen diese Dokumente, die der ASt nicht bekannt sein konnten und daher auch nicht von ihr zu rügen waren.

- d) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag auch innerhalb der Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung der Ag über die Nichtabhilfe eingereicht (vgl. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB).
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, soweit die ASt die Wertung ihres Angebots angreift (dazu sub a)). Allerdings ist das Vergabeverfahren aufgrund eines vorgreiflichen

Transparenzmangels in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen (dazu sub b)).

- a) Die Wertung der Ag begegnet unter Berücksichtigung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums keinen durchgreifenden Bedenken. Aus den Angebotsunterlagen ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit, dass ein Bauablaufplan vorzulegen war (dazu sub aa). Der von der ASt eingereichte Bauablaufplan ist von der Ag gemessen an den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien beurteilungsfehlerfrei bewertet worden (dazu sub bb).
- aa) Der von den Bietern jeweils eingereichte Bauablaufplan durfte im Rahmen der Wertung des Bauablaufes berücksichtigt werden. Denn dieser war wirksam gefordert worden.

Soweit die ASt vorträgt, dass aufgrund der fehlenden Eintragung des Bauablaufplans in Ziffer Nr. 3.3 des Angebotsaufforderungsschreibens („Vorlage von mit dem Angebot auf gesonderter Anlage vorzulegende Unterlagen zu den in der Anlage „Gewichtung der Zuschlagskriterien“ genannten bzw. angekreuzten Zuschlagskriterien: [Kein Eintrag; Anm. d. Kammer]“) die Ag die eingereichten Bauablaufpläne überhaupt nicht hätte bewerten dürfen, dringt sie nicht durch. Unter Zugrundelegung der allgemeinen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) und unter Berücksichtigung des objektiven Empfängerhorizonts der branchenerfahrenen Bieter ist ein Bauablaufplan von der Ag hinreichend transparent gefordert und diese Forderung von den Bietern auch bedient worden. Denn unter Ziff. 3 des Formblatts 313-B hat die Ag in der „Erläuterung zur Punktebewertung“ für eine sehr gute Erfüllung die Abgabe eines Bauablaufplans mit (einzeln ausgewiesenen) Eigenschaften gefordert. Hierauf haben auch alle Bieter mit der Abgabe entsprechender Pläne und – wie auch die ASt – einem Erläuterungsbericht zu ihrem Bauablauf reagiert. Die Vorgabe ist folglich von allen Bietern korrekt verstanden worden.

Dass die Ag als gesondert zu vergütende Leistung vom späteren Auftragnehmer die Erstellung eines (detaillierten) Bauzeitenplans verlangt hatte, hat die Bieter ebenfalls nicht davon abgehalten, Bauablaufpläne bereits

mit dem Angebot vorzulegen, so dass die Transparenz des Vergabeverfahrens an dieser Stelle nicht durch eine unklare Vorgabe der Ag gelitten hat. Die Bieter waren in der Lage – auch im wohlverstandenen Eigeninteresse – für den potentiellen Erhalt von Punkten für das Unterkriterium „Bauablauf“ entsprechende Darstellungen (Balkendiagramme) bzw. textliche Erläuterungen einzureichen.

Anders wäre gegebenenfalls der Fall zu beurteilen gewesen, wenn ein Bieter seinem Angebot keinen Bauablaufplan beigefügt hätte und die vergaberechtlichen Konsequenzen (Ausschluss oder Abwertung) unter Berufung auf eine mangelnde Transparenz angegriffen hätte. Dies ist jedoch mit der vorliegenden Konstellation nicht zu vergleichen, da die Forderung der Ag bedient wurde und nur die Wertung aus Sicht der ASt beurteilungsfehlerhaft war.

bb) Der von der ASt auf die Aufforderung hin eingereichte Bauablaufplan ist indes von der Ag im Unterkriterium „*Bauablauf*“ korrekt bewertet worden. Die von der ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag eingeforderte optimale Bewertung ihres Angebots in diesem Kriterium scheitert daran, dass sie die Schnittstellenproblematik zwischen dem frühestmöglichen Abschluss der hiesigen Baumaßnahmen (Herstellung des Einfahrtsbereichs) und dem Probetrieb auf der Nachbarbaustelle in ihrem Bauablaufplan bzw. den textlichen Erläuterungen hierzu nicht berücksichtigt hat (dazu sub (1)). Zudem hat sie nicht alle wesentlichen Verknüpfungen sich untereinander bedingender Bauleistungen dargestellt (dazu sub (2)).

(1) Da die ASt in ihrem Bauablauf den Probetrieb nicht berücksichtigt hat, erweist sich die diesbezügliche Wertung ihres Angebots mit „nur“ 7,5 Punkten als beurteilungsfehlerfrei.

Für die Vergabe der (optimalen) 10 Punkte im Unterkriterium Bauablauf, hatte die Ag u.a. die *„Darstellung des gesamten Bauablaufs von der Technischen Bearbeitung bis zur Fertigstellung der Gesamtbaumaßnahme (...) mit Darstellung aller Bearbeitungsschritte [und die] Beschreibung des Bauablaufs mit allen wesentlichen*

Bauphasen (z.B. kritische Bauphasen und Fristen aufgrund von Schnittstellen)“ verlangt (Ziff. 3 des Formblatts 313-B).

Dass der Probetrieb auf der Nachbarbaustelle, welcher nach den Planungen an 20 Werktagen, verteilt über vier Monate, erfolgen soll, die hiesige Baumaßnahme tangiert und insofern eine berücksichtigungswürdige „Schnittstelle“ im vorgenannten Sinne besteht, ergibt sich aus der Baubeschreibung (dort Pkte. 1.2.4.3.1. und 1.5). Danach wird *„der Probetrieb des neuen [...] (...) während der Bauzeit des [...] mit einem 114 m langen und 2,8 m abgeladenen Schubverband - auch im [...] - erfolgen. Der Einfahrtsbereich ist darum so früh wie möglich herzustellen.“* Letztere Anforderung wird nahezu wortgleich in Ziffer 3.2 der Baubeschreibung wiederholt. Zusätzlich hat die Ag aufgrund der Störungen des Bauablaufs durch den Probetrieb den Bietern in der LV-Position 1.1.50 eine Sondervergütung zugestanden. Auch dies hätte die Bieter dazu bringen können, die Einschränkungen, die durch den einfahrenden Schubverband ausgelöst werden, als kritisch und damit als berücksichtigungspflichtig im Bauablauf zu erkennen. Dass abgesehen von der Bg kein weiterer Bieter die Frage nach dem Abschluss der eigenen Leistungen zur Ermöglichung des Probetriebs darstellerisch beantwortet hat, liegt jedenfalls nicht an den Vorgaben der Ag; diese waren hinreichend transparent.

Die ASt kann daher auch nicht mit Erfolg einwenden, die Ag hätte in den Vergabeunterlagen von den Bietern ausdrücklich Ausführungen in Bezug auf den Probetrieb verlangen müssen. Angesichts der Vielzahl der Erwähnungen des Probetriebs an verschiedenen Stellen der Baubeschreibung und des Leistungsverzeichnisses wäre es Aufgabe der Bieter gewesen, die Auswirkungen auf den Bauablauf einzuschätzen und – jedenfalls für eine optimale Wertung in diesem Punkt – im Bauablaufplan darzustellen.

Von den erforderlichen Angaben zum Probetrieb im Bauablaufplan durfte die ASt auch nicht deshalb absehen, weil nach Ziff. 5.2.5 die *„Schnittstellen mit anderen Bauabschnitten“* im detaillierten

Bauablaufplan, der nach Zuschlagserteilung eingereicht werden sollte, zu berücksichtigen waren. Denn daraus folgt nicht im Umkehrschluss, dass die Schnittstellen beim mit dem Angebot abzugebenden (gröberen) Bauablaufplan unterbleiben dürften. Da die Berücksichtigung der Schnittstellen – wie bereits ausgeführt – ausdrücklich in Ziff. 3 des Formblatts 313-B für die Vergabe von 10 Punkten – und damit bereits mit Angebotsabgabe – als darstellungsbedürftig qualifiziert wurde, lässt sich für die Sache der ASt aus der Erwähnung der Schnittstellen auch im später zu erstellenden Bauzeitenplan nichts ableiten.

Es handelt sich bei der Frage des darzustellenden Probebetriebs auch nicht um eine bloße Koordinierungsfrage mit der Nachbarbaustelle während der späteren Vertragsdurchführung, so dass eine Darstellung bereits mit Angebotsabgabe aus diesem Grund hätte unterbleiben dürfen. Denn konkret ist nur die Frage nach dem frühestmöglichen Abschluss der hiesigen Bauleistungen, die für die Ermöglichung des Probebetriebs erforderlich sind, zu beantworten. So sind etwa nach dem Vortrag der Bg (u.a) die Pegelanlagen der hiesigen baulichen Baumaßnahme zur Steuerung des [...] erforderlich, so dass der Probebetrieb erst dann erfolgen kann, wenn (u.a.) die Pegelanlagen vom hiesigen Auftragnehmer fertiggestellt sind. Die Antwort hierauf kann der jeweilige Bieter nach seiner eigenen Planung geben, ohne Planungen für die Nachbarbaustelle kennen zu müssen.

Aus den gleichen Gründen ist keine gleichheitswidrige Bevorzugung der Bg durch – so die ASt – das Abfragen rein bei ihr vorhandenen Sonderwissens im Rahmen der Wertung festzustellen. Denn dieses Wissen ist für die Darstellung und damit für den Erhalt einer optimalen Bewertung nicht erforderlich gewesen. Die Fragen, ab wann der Probebetrieb möglich ist und ob bzw. wie sich die durch ihn ergebenden Blockaden an 20 Tagen auf das hiesige Bauvorhaben auswirken, kann jeder Bieter qua eigener Planungshoheit beantworten. Er braucht für die eigene Darstellung somit keine Terminvorgaben der Nachbarbaustelle zu kennen.

- (2) Die Wertung der Ag ist – unabhängig von den vorstehenden Ausführungen – auch deshalb vergaberechtskonform, weil die ASt in ihrem Bauablaufplan jedenfalls nicht alle Verknüpfungen der wesentlichen Vorgänge untereinander dargestellt hat. Die ASt kann sich diesbezüglich nicht darauf zurückziehen, dass einzelne Leistungen „*offensichtlich technisch erst nach der Herstellung*“ einer anderen möglich sind, so dass die Darstellung von Verknüpfungen keinen Mehrwert für die Ag hätten; ebenso wenig, dass gewisse Verknüpfungen ohne Relevanz seien. Dies zu beurteilen bzw. als Merkmal der Qualität aufzustellen ist allein dem Bestimmungsrecht der Ag vorbehalten.

Die Abhängigkeiten der Vorgänge voneinander sind jedenfalls nicht vollständig von der ASt aufgezeigt worden, so dass die Ag nicht ableiten kann, inwieweit bei einer (unterstellten) zeitlichen Verzögerung bei einem Bearbeitungsschritt gegebenenfalls Verzögerungen bei anderen Leistungen eintreten werden. Da nach den Vorgaben der Ag bei der Darstellung der „*Abhängigkeiten der Vorgänge (...) zumindest im Wesentlichen untereinander mit entsprechenden Verknüpfungen*“ eine Punktvergabe von 7,5 Punkten, nicht jedoch von 10 Punkten, die Folge ist, ist der von der ASt geführte Angriff gegen die Bewertung ihres Angebots im Unterkriterium „*Bauablauf*“ auch aus diesem Grund nicht erfolgreich.

Auch im Vergleich zu den von der Bg eingereichten Darstellungen, die einen höheren Detailgrad in Bezug auf die Verknüpfungen der Teilleistungen aufweisen, erscheint die Wertung des Angebotes der ASt durch die Ag der Kammer als beurteilungsfehlerfrei.

- b) Letztlich ist dem Nachprüfungsantrag jedoch deshalb teilweise Erfolg beschieden, weil die Ag gegen den Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz verstoßen hat. Das Vergabeverfahren ist daher bei fortbestehender Beschaffungsabsicht der Ag partiell zurückzusetzen. Bei Fortführung des Vergabeverfahrens hat die Ag bei der Versendung der Angebotsunterlagen ihre Antworten vom 18. Oktober 2016 auf die Bieterfragen vom 13./14. Oktober 2016 beizufügen und den Bietern Gelegenheit zu geben,

auf dieser einheitlichen Grundlage erneut ihre Preise (beschränkt auf einzelne, von den Fragen betroffene LV-Positionen) zu kalkulieren. Im Einzelnen:

aa) Die Ag hätte die von einem dritten Bieter gestellten Fragen und die nur diesem mit Schreiben vom 18. Oktober 2016 gegebenen Antworten allen Bietern zur Verfügung stellen müssen.

Dies ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung und der Bedeutung einer einheitlichen Informationsbasis aller Bieter für den Erhalt vergleichbarer Angebote. Besonders wichtig ist hier aber auch die Herstellung von Transparenz. Jeder Bieter muss sein Angebot in dem Vertrauen erstellen können, dass er über dieselben Informationen verfügt wie seine Mitbewerber. Muss er befürchten, dass ohne sein Wissen Informationen fließen, so erschüttert dies das Vertrauen in den gleichbehandelnden Vergabewettbewerb. Bieter, die keine Informationen über Fragen und Antworten erhalten, haben keine Chance, von diesen Vorgängen überhaupt Kenntnis zu erlangen. Eine Nichtveröffentlichung stellt grundsätzlich einen Widerspruch zu einem transparent ausgestalteten Vergabeverfahren dar.

Die grundsätzliche Pflicht zur Herstellung von Bieteröffentlichkeit bei Bieterfragen wird weder durch § 12 a EU Abs. 3 VOB/A noch durch § 10 a EU Abs. 6 VOB/A relativiert. In der Gesamtschau geben diese Bestimmungen, flankiert durch die grundlegenden vergaberechtlichen Bestimmungen der Transparenz und der Gleichbehandlung, ein stimmiges Vorgehen vor, das wie folgt zu skizzieren ist:

- Deckt eine Frage relevante Defizite oder Unklarheiten der Vergabeunterlagen etc. auf, so hat der Auftraggeber stets damit umzugehen und in der Sache die geeigneten Konsequenzen im Sinne einer Korrektur oder Klarstellung daraus abzuleiten. Es geht in diesem Fall nur am Rande um das Thema „Umgang mit Bieterfragen“, sondern vielmehr um die Verpflichtung des Auftraggebers, ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen. Die Frage stellt sich dann lediglich als Auslöser dafür dar, dass der Auftraggeber seinerseits ein Defizit oder sogar einen Fehler in den Vergabevorgaben erkennt, den er vorher nicht gesehen hatte. Ein

ebensolcher Auslöser kann auch eine Biiterrüge sein, welche die Bg in diesem Zusammenhang angesprochen hat, und für die dann dieselben Grundsätze gelten würden. Da erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren sind, muss der Auftraggeber Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeiführen, und zwar völlig unabhängig davon, wie kurzfristig die Frage vor dem Ablauf der Angebotsfrist eingeht. Hierfür steht die Möglichkeit der Verlängerung der Angebotsfrist zur Verfügung, falls die Klarstellung/Korrektur bedingt, dass die Bieter mehr Zeit benötigen, um die Angebotserstellung auf die neuen Informationen auszurichten. Soweit § 10 a EU Abs. 6 S. 1 Nr. 1, S. 3 VOB/A für die Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfrist an die rechtzeitige Anforderung der Zusatzinformation anknüpft, so steht das diesen Überlegungen nicht entgegen; der Auftraggeber kann sich in der hier diskutierten Variante nicht darauf berufen, § 10 a EU Abs. 6 S. 1 Nr. 1, S. 3 VOB/A verpflichte nur bei rechtzeitig gestellten Anfragen zur Verlängerung. § 10 a EU Abs. 6 S. 1 Nr. 1, S. 3 VOB/A gibt dem Auftraggeber hier keinen Dispens, da – wie ausgeführt – die Verpflichtung zur Verlängerung der Angebotsfrist weniger dem Thema Bieterfragen, sondern vielmehr der Thematik „Korrektur von Vergabefehlern“ zuzurechnen ist und hieraus eine Verlängerungspflicht folgen kann.

Sicherlich entspricht es einer vorvertraglich geschuldeten Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflicht eines Bieters, Fragen unverzüglich beim Auftraggeber einzureichen, nachdem sie aufgekommen sind. Es besteht aber andererseits das Recht des Bieters, die Angebotsfrist auch vollständig auszuschöpfen und sich auch noch weniger als sechs Tage vor deren Ablauf intensiv mit den Vergabeunterlagen zu beschäftigen. Wenn erst kurz vor Ablauf der Angebotsfrist eine Unklarheit auftaucht, die berechtigterweise Defizite aufdeckt, so kann der Auftraggeber die Beantwortung und die Veröffentlichung nicht einfach mit dem Argument ablehnen, die Frage sei zu spät gestellt worden. Der Auftraggeber muss in jedem Stadium des Vergabeverfahrens für dessen Rechtmäßigkeit sorgen und nicht Unklarheiten, die durch eine Frage aufgedeckt werden, stehen lassen, nur weil die Frage nicht mindestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist

eingegangen ist. Die Möglichkeit zur Verlängerung der Angebotsfrist steht bei einer solchen Sachlage zur Verfügung und ist zu ergreifen.

- Ist eine Frage, ebenfalls unabhängig vom Zeitpunkt ihres Eingangs, aus Sicht des Auftraggebers nicht relevant, so kann er dies dem Fragesteller gegenüber kommunizieren und gänzlich von einer Beantwortung absehen. Dem Bieter steht dann die Möglichkeit offen, diese Verweigerung zu rügen und das Vorgehen des Auftraggebers einer Überprüfung durch die Vergabekammer zu unterziehen. Allerdings erscheint ein solches Vorgehen als eine eher theoretische Möglichkeit, denn eine schlichte Beantwortung der Frage dürfte hier in der Praxis der weitaus sinnvollere und einfachere Weg sein.

- Beantwortet der Auftraggeber aber eine Bieterfrage, so hat er aus den genannten Rechtsgründen – Vertrauen der Bieter auf Erhalt aller Informationen → Bieteröffentlichkeit herzustellen. Ist eine Antwort mit Zusatzinformation nach Auffassung des Auftraggebers unerheblich für die Angebotserstellung, so hat er sie zwar bekannt zu machen, muss aber die Angebotsfrist nicht verlängern. Davon geht erkennbar auch § 10 a EU Abs. 6 S. 3 VOB/A aus, der in diesem Fall keine Pflicht zur Fristverlängerung vorgibt, aber die Bekanntgabe impliziert, auch wenn zum Thema Herstellung von Bieteröffentlichkeit in dieser Vorschrift keine explizite Aussage getroffen wird. Die Bestimmung ist aber im Lichte des allgemeinen Transparenzgrundsatzes, § 97 Abs. 1 GWB, auszulegen und – was eigentlich selbstverständlich sein sollte – dahingehend zu verstehen, dass eine Ausnahme von der Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfrist möglich ist, wenn die Voraussetzungen der Norm vorliegen. Sie kodifiziert aber keine Möglichkeit, von der Herstellung von Bieteröffentlichkeit abzuweichen.

Es ist ein Anspruch der Bieter, sich selbst eine Meinung über die Relevanz von zusätzlich erteilten Auskünften zu machen und selbst einzuschätzen, inwieweit sie diesen Bedeutung für die eigene Angebotserstellung beimessen. Sollte ein Bieter entgegen der Einschätzung des Auftraggebers der Meinung sein, die Angebotsfrist angesichts neuer Informationen nicht mehr halten zu können, so ist ihm die Möglichkeit eröffnet, eine

Verlängerung zu beantragen, ggfs. die Ablehnung zu rügen und im Extremfall mit einem Nachprüfungsantrag hiergegen vorzugehen.

- Abschichten lassen sich hiervon allenfalls solche Fragen, deren Beantwortung sich in bloßen Wiederholungen von ohnehin bekannten und zweifelsfrei transparenten Vorgaben erschöpfen und die damit die Schwelle zur „Auskunft“ oder zur „Zusatzinformation“ nicht überschreiten, sondern die lediglich einem rein subjektiven, redundanten Informationsbedürfnis des Fragestellers entspringen. In solchen Fällen kann es vorstellbar sein, dass eine bloße Wiederholung nicht allen Bietern zur Verfügung gestellt werden muss. Wie bereits betont, ist aber das Vertrauen der Bieter in den korrekten Ablauf des Vergabeverfahrens mit gleicher Information für alle ein hoch einzustufendes Gut, gerade angesichts der Tatsache, dass die anderen Bieter nicht erfahren, was einem Mitbewerber bilateral an Informationen gegeben wurde. Zum offenen und transparenten Vergabeverfahren gehört es, dass schon der Anschein der möglichen Bevorzugung eines Bieters vermieden wird, womit die Kammer keineswegs zum Ausdruck bringen möchte, dass dies vorliegend der Fall gewesen sein könnte. Die Schwelle zur veröffentlichungsbedürftigen Auskunft ist daher nur in Extremfällen nicht überschritten; es ist einem öffentlichen Auftraggeber vielmehr anzuraten, sich im Zweifelsfall sicherheitshalber für die Herstellung von Bieteröffentlichkeit zu entscheiden.

Ordnet man den streitgegenständlichen Sachverhalt in diese Zusammenhänge ein, so hätte die Ag die Fragen des dritten Bieters nebst den von ihr diesem gegebenen Antworten allen anderen Bietern zur Verfügung stellen müssen. Es werden hier Informationen erteilt, die sich nicht aus den Vergabeunterlagen ergeben. Wie relevant – oder aus Sicht der Ag und der Bg gerade nicht relevant – diese Informationen sind, hat nicht die Ag, sondern jeder Bieter für sich zu entscheiden. Die Schwelle zur Zusatzinformation/Auskunft im oben dargestellten Sinne ist hier jedenfalls definitiv überschritten, denn die Ag hat für die verschiedenen Belastungsklassen des Bodens und für deren Entsorgung eine Mischkalkulation angeordnet. Danach müssen die Entsorgungspreise für verschiedene Z-Belastungsklassen in jeweils einer Position kalkuliert werden,

obwohl die Entsorgungskosten für die verschiedenen Z-Belastungsklassen durchaus sehr unterschiedlich sind. Trotz Einheitspreisvertrag kann für die Durchführung dieser durch das LV bedingten Mischkalkulation jede Information über die Zusammensetzung des Bodens, die Zuordnung zu Belastungsklassen etc. von Bedeutung für die Angebotserstellung sein; müssen die Bieter aufgrund der LV-Vorgaben einen einheitlichen Preis für die Entsorgung unterschiedlicher Belastungsklassen kalkulieren, so ist es natürlich von Relevanz, wie sich das Material zusammensetzt. Diese Möglichkeit, die Relevanz der zusätzlichen Angaben vor diesem Hintergrund für die eigene Angebotserstellung selbst einzuschätzen, wurde den Bietern infolge der unterbliebenen Veröffentlichung genommen. Die Ag hätte an dieser Stelle für die berechnete Interessenlage der Bieter auch sensibilisiert sein müssen, da ausweislich der Vergabeakte ein weiterer Bieter in einer vergleichbaren Konstellation schon am 12. Oktober 2016 die Nichtweitergabe einer bilateral erteilten Bieterinformation an die anderen Wettbewerbsteilnehmer gerügt hatte. Berechnete Interessen der Ag an der Nichtweitergabe sind nicht erkennbar; ausweislich des Vergabevermerks hatte sie vornehmlich die Befürchtung, es könnte von anderen Bietern die Verlängerung der Angebotsfrist eingefordert werden. Selbst wenn dies geschehen wäre – dazu sogleich – ist angesichts der Tatsache, dass noch am 11. Oktober 2016 eine Angebotsfristverlängerung vom 13. Oktober 2016 bis zum 20. Oktober 2016 vorgenommen worden war, nicht ersichtlich, wieso eine weitere, geringfügige Verlängerung um wenige Tage ein Problem gewesen wäre.

Die inhaltliche Relevanz der Fragen spielt nach den oben dargestellten Grundsätzen keine Rolle für die Pflicht zur Herstellung von Bieteröffentlichkeit als einer ersten Stufe; die Schwelle zur Zusatzinformation/Auskunft ist schon deswegen überschritten, weil weitere Daten mitgeteilt wurden, die nicht in den Vergabeunterlagen enthalten waren. Wie relevant diese Daten in der Sache für die Angebotserstellung sind, ist bei dieser Sachlage für die Einordnung als eine veröffentlichungspflichtige Information irrelevant. Die inhaltliche Relevanz kommt vielmehr erst in der zweiten Stufe, nämlich bei der Frage nach der Notwendigkeit einer Angebotsfristverlängerung, ins Spiel. Aufgrund der jedenfalls aus Sicht der Vergabekammer nur geringfügigen Relevanz der Zusatzinformationen hätte hier keine Pflicht der Ag bestanden, die Angebotsfrist

proaktiv von vornherein zu verlängern; sollten Bieter das anders sehen, so wäre aber die Möglichkeit eröffnet gewesen, die Verlängerung der Frist einzufordern.

In der unterbliebenen Herstellung von Bieteröffentlichkeit in Bezug auf das an einen dritten Bieter gerichtete Schreiben der Ag vom 18. Oktober 2016 liegt somit ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz.

bb) Die ASt wird durch diesen Verstoß in ihrem Recht auf Durchführung des Wettbewerbs auf einheitlicher Grundlage für alle Bieter verletzt, § 168 Abs. 1 S. 1 GWB. Für die Annahme einer Rechtsverletzung ist es ausreichend, dass ein Einfluss auf die Angebotserstellung nicht ausgeschlossen werden kann. Nicht erforderlich hingegen ist, dass nachgewiesen oder belegt wird, dass die nicht informierten Bieter in den betroffenen LV-Positionen tatsächlich anders kalkuliert hätten und dass sich die Position der ASt im Wettbewerb infolge dessen tatsächlich verbessert hätte. Würde man für die Feststellung einer Rechtsverletzung den Nachweis einer derartigen Kausalität zwischen Vergabefehler und Auswirkung fordern, so müsste die Vergabekammer Spekulationen über hypothetische Kausalverläufe anstellen. Für die Feststellung einer Rechtsverletzung reicht es vielmehr aus, dass Zusatzinformationen über kalkulationsrelevante LV-Positionen nur einem Bieter gegenüber erteilt wurden. Die Antworten bezogen sich auf das Bodengutachten und die Beschaffenheit des auszubaggernden Materials. Das Ausbaggern und das weitere Procedere mit dem ausgebaggerten Material stellen wesentliche Elemente des streitgegenständlichen Auftrags dar, die Kalkulationsrelevanz ist damit generell gegeben.

cc) Zur Beseitigung der Rechtsverletzung ist eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens dahin vorzunehmen, dass zunächst allen Bietern das Schreiben der Ag an die fragstellende Bieterin vom 18. Oktober 2016 zur Verfügung gestellt wird und sodann Gelegenheit gegeben wird, ihre jeweiligen Preisangebote in den betroffenen LV-Positionen 4.2.100, 4.2.120, 4.3.30, 4.3.50, 4.2.110 und 4.3.40 zu überprüfen sowie vor dem Hintergrund der Zusatzinformationen ggfs. zu modifizieren. Die Ag hat die ggfs. angepassten Angebote sodann erneut zu werten.

Dies stellt auch die im Sinne von § 168 Abs. 1 S. 1 GWB geeignete Maßnahme dar. Eine gänzlich offene zweite Angebotsrunde, also in Bezug auf alle Preispositionen und auf die Qualitätskriterien, ist zur Beseitigung der Rechtsverletzung nicht geboten und wäre unverhältnismäßig, weil sich die Zusatzinformationen auf klar abgegrenzte Positionen beziehen. Eine Auswirkung der in den Antworten enthaltenen geringfügigen Nachschärfungen zu gewissen Bodenschichten auf die qualitativen Wertungsaspekte von „*Bauverfahren*“ und „*Bauablauf*“ ist nicht gegeben; angesichts der Tatsache, dass die Ag in dem Schreiben an vielen Stellen lediglich auf die Leistungsbeschreibung und das Bodengutachten verweist, greifen die Antworten nicht in den Kern der Leistungen ein, so dass trotz der bereits erfolgten Submission allein eine abgegrenzte Zurückversetzung zur Preisanpassung in Betracht kommt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2015 – VII-Verg 29/14).

Daran ändert auch nichts, dass – so die Bg – die ASt selbst keine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens beantragt hat und durch diese ihre – nach ihrem Vortrag bei korrekter Wertung – eigentlich führende Position verliert. Ohne die Anordnung der Zurückversetzung würde die ASt vollumfänglich verlieren (siehe oben unter 2 a)), so dass die Kammer gerade nicht zusätzlich in die Rechtsposition der ASt eingreift, sondern ihr durch die Zurückversetzung jedenfalls eine zweite Chance – wenn auch nur in preislicher Hinsicht – eröffnet.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt unterliegt, soweit sie die erneute Wertung ihres Angebots begehrt hat, erhält jedoch aufgrund der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens eine erneute Chance, sich am Wettbewerb um den Auftrag zu beteiligen. Aufgrund der Unwägbarkeit, wie diese erneute, auf den Preis beschränkte Angebotsrunde ausgehen wird, ist der ASt ein nur hälftiges Obsiegen zu attestieren. Reziprok obsiegen Ag und Bg ebenfalls zur Hälfte und tragen die diesbezüglichen Kosten der Kammer zur Hälfte.

Da jede Partei somit zur Hälfte siegt und zur Hälfte unterliegt, hat dem Grunde nach keiner der Verfahrensbeteiligten einen Erstattungsanspruch hinsichtlich seiner Aufwendungen gegen den anderen (§ 92 Abs. 1 S. 2 ZPO analog; zu diesen Grundsätzen vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. März 2012 – Verg 65/11, Beschluss vom 25. Juni 2008, VII-Verg 22/08). Da auch alle Verfahrensbeteiligten anwaltlich vertreten waren, sind ihre jeweiligen Aufwendungen gegeneinander aufzuheben (vgl. zum Erfordernis beiderseitiger anwaltlicher Vertretung: Umkehrschluss aus OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Mai 2011, VII-Verg 21/11).

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.