

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Vergabestelle -

...

- Beigeladene zu 1) -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

...

- Beigeladene zu 2) -

wegen der Vergabe von Bauleistungen – Los 2: Erdwärmetauscher und Ingenieurbauwerke und Los 3: Grundwasserhaltung - im Rahmen des Neubaus des ...gebäudes für das ... hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Burchardi, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Bangard und den ehrenamtlichen Beisitzer Wintjen auf die mündliche Verhandlung vom 23. April 2002 am 30. April 2002 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Vergabestelle und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen war notwendig.

Gründe

I.

1. Die Vergabestelle (VSt) schrieb Bauleistungen für den Neubau des ...gebäudes des ... europaweit im offenen Verfahren aus. Gegenstand des Loses 2 der unter der Vergabenummer ... geführten Ausschreibung sind „Erdwärmetauscher und Ingenieurbauwerke“, während Los 3 die „Grundwasserhaltung“ zum Gegenstand hat. Submissionstermin war der ... Januar 2002. Als Zuschlagskriterien waren in den Verdingungsunterlagen jeweils als allgemeines Kriterium der Preis, als technische und wirtschaftliche Kriterien Rentabilität sowie Ökologie genannt.
 - a) Über den Erdwärmetauscher sollen die raumluftechnischen Anlagen des ...gebäudes mit Außenluft versorgt werden. In der Leistungsbeschreibung machte die VSt detaillierte Vorgaben hinsichtlich der für die Luftzufuhr zu verwendenden Rohre. Zum Einsatz kommen sollten „Stahlbetonrohre K-FM, jedoch mit Fußausbildung in Anlehnung an DIN 4032“. Als Dimension der Rohre war je nach Position des Leistungsverzeichnisses DN 1500 bzw. DN 1000 genannt. In der Vorbemerkung zum Langtext des Leistungsverzeichnisses wies die VSt unter Ziff. 2.1.1 darauf hin, dass die Sammler- und Verteilerrohre DN 1000 und DN 1500 mindestens 1,0 m zu überdecken seien. Die Auf-

triebsicherheit sei ab Verlegung der Rohre zu gewährleisten, wobei hierfür eine Überschüttung von mindestens 30 cm gefordert wird. Unter Ziff. 2.1.1.4 stellte die VSt besondere Qualitätsanforderungen auf. Danach „dürfen nur Stahlbetonrohre und –formstücke geliefert werden, für die der Nachweis der Güteüberwachung nach DIN 4035 Abschn. 10.3 erbracht wird.“ Als Nachweis hierfür wird die Vorlage des neuesten Prüfberichtes DIN 4035 Anhang B gefordert. Eine Mindestausschulfrist von sechs Stunden darf nicht unterschritten werden. Für die Maßgenauigkeit (Maßhaltigkeit) der Rohre gab die VSt die zulässigen Toleranzen vor. Diese Anforderungen sind hinsichtlich einzelner Kennwerte strenger als die Vorgaben der DIN 4035. Während letztere Grenzabmaße für die Sollweite von +/- 10 mm zulässt, begrenzt die Leistungsbeschreibung diesen Wert auf +/- 6 mm. Auch für das Grenzabmaß für die Parallelität der Stirnflächen, für die Grenzabweichung von der Geraden sowie bezüglich der Grenzabweichung der Baulänge werden die zulässigen Schwankungsbreiten gegenüber den DIN-Werten erheblich eingeschränkt. Ferner legt die Leistungsbeschreibung fest, dass bei Stahlbetonrohren die Grenzabmaße für die Durchmesser und Muffenspaltweiten 2/3 der Festlegungen der DIN 4035 nicht überschreiten dürfen. Der Grund für diese gegenüber den DIN-Werten erhöhten Anforderungen ist, dass die mit der DIN 4035 genormten Stahlbetonrohre für den Einsatz als Entwässerungsleitungen vorgesehen sind. Werden sie hingegen wie im vorliegenden Fall als erdverlegte Luftleitungen verwandt, so bestehen aus konstruktiven und hygienischen Gründen verschärfte Anforderungen.

Unter Punkt 3 („Zusätzliche technische Vertragsbedingungen Ausführung Erdwärmetauscheranlagen und Ingenieurbauwerke“), Unterpunkt 3.1 („Allgemeine Zusätze/Ökologische Anforderungen“) der Vorbemerkungen der Leistungsbeschreibung verlangte die VSt u. a., es dürften nur Materialien verwendet werden, „die hinsichtlich Gewinnung, Transport, Verarbeitung, Nutzung und Entsorgung eine hohe Gesundheits- und Umweltverträglichkeit aufweisen“. Grundsätzlich seien Materialien und Produkte vorzuziehen, bei denen „eine Reststoffrücknahme der Hersteller mit dem Ziel der Wiedereingliederung in den Produktionsprozess über den Verarbeitungsbetrieb erfolgt.“

Die Antragstellerin (ASt) gab fristgerecht ein Hauptangebot sowie fünf Nebenangebote für Los 2 und ein Haupt- sowie ein Nebenangebot für Los 3 ab. Letzteres sollte jedoch nur „bei gemeinsamer Vergabe der Lose 2 und 3“ gelten.

Das Hauptangebot der ASt für Los 2 beläuft sich auf ... Euro und liegt damit um 2,37 % über dem Hauptangebot der Beigeladenen zu 1).

Als 1. Nebenangebot bei Los 2 bot die ASt statt der in der Leistungsbeschreibung genannten Sammler- und Verteilerrohre aus Beton mit Fuß Rohre der Firma ... aus glasfaserverstärktem Kunststoff (GFK-Rohre) an. Der Preis dieses Nebenangebotes war niedriger als der des Hauptangebotes der ASt, aber etwas höher als jener des Hauptangebotes der Beigeladenen zu 1).

Die Nebenangebote 2-5 hatten Stahlbetonrohre zum Gegenstand. Diese waren jedoch beim 2. Nebenangebot abweichend von der Leistungsbeschreibung ohne Fuß und sofort entschlacht. Beim dritten Nebenangebot waren die Betonrohre zwar – wie in der Leistungsbeschreibung vorgesehen - in der Schalung erhärtet, jedoch ohne Fuß. Das vierte Nebenangebot unterschied sich vom dritten technisch nur dadurch, dass die in der Schalung erhärteten Betonrohre ohne Fuß von einem anderen Hersteller stammten. In ihren Anschriften zu den Nebenangeboten 2-4 formulierte die ASt jeweils, das Nebenangebot beinhalte „das Verlegen von Stahlbetonrohren nach DIN 4035, (...)“. In gleicher Weise wurden diese Rohre in den Leistungsverzeichnissen der Nebenangebote 2-4 bezeichnet. In den Leistungsverzeichnissen der Nebenangebote 2 und 3 gab die ASt im Titel 2.1.1 zusätzlich folgenden Hinweis: „(...) Rissbreitenbeschränkung auf max. 0,2 mm wie in der Norm 4035 gefordert. Die Maßhaltigkeit entspricht den vorher genannten Normen, (...)“. Andere Normen als die DIN 4035 waren zuvor nicht genannt worden.

Das 5. Nebenangebot entsprach hinsichtlich der zu liefernden Rohre dem Hauptangebot bis auf den Umstand, dass statt des dort von der ASt genannten Herstellers ein anderer Hersteller vorgesehen war. Eine Bezugnahme auf DIN 4035 erfolgte bei diesem Nebenangebot nicht. Vielmehr bot die ASt insoweit „Stahlbetonrohre entsprechend der Ausschreibung, jedoch Hersteller (...)“ an. Der Preis des 5. Nebenangebotes war höher als jener des Hauptangebotes der Beigeladenen zu 1).

Die ASt legte der mit der Angebotsprüfung für Los 2, Erdwärmetauscher, federführend beauftragten Ingenieurgesellschaft ... (...) auf deren Anforderung hin Muster der in den

Nebenangeboten 2-4 genannten Stahlbetonrohre vor. Nach Aufforderung durch ..., für die GFK-Rohre einen Nachweis zur Auftriebsicherheit und Rohrstatik vorzulegen, reichte die ASt Nachweise der Herstellerfirma ... ein, die sich auf Rohre der Bezeichnung DA 1026 und DA 1638 bezogen.

Das Ingenieurbüro ... wertete die Angebote für Los 2 hinsichtlich der Ingenieurbauwerke aus. Die Gesellschaft für ... (...) erstellte im Auftrag der VSt eine „ökologische Abschätzung“ der angebotenen Rohrvarianten, in der sie die Umweltwirkungen bei der Herstellung und dem Einsatz der GFK-Rohren mit jenen verglich, die bei Herstellung und Einsatz von Betonrohren zu erwarten sind. Ferner ließ die VSt die von der ASt eingereichten Nachweise der Rohrstatik und Auftriebsicherheit für die GFK-Rohre vom Ingenieurbüro ... (...) prüfen.

Nach Erhalt der Stellungnahmen von ..., ..., ... und ..., auf die Bezug genommen wird, prüfte die VSt die Angebote abschließend. Sie kam zu dem Ergebnis, dass das annehmbarste Angebot für Los 2 das Hauptangebot der Beigeladenen zu 1) sei. In ihrer am 8. März 2002 an die ASt übermittelten Mitteilung nach § 13 VgV gab die VSt als Begründung hierfür an, das Hauptangebot der ASt ebenso wie das 5. Nebenangebot der ASt seien weniger wirtschaftlich. Nebenangebot 1 habe aus ökologischen Gründen, die Nebenangebote 2-4 hätten wegen fehlender technischer Gleichwertigkeit nicht berücksichtigt werden können.

In ihrem Vergabevermerk vom 6. März 2002 machte die VSt hierzu unter dem Punkt „3. Wertungsstufe (Auswahl des annehmbarsten Angebotes)“ unter der Überschrift „Fachliche Bewertung der eingereichten Nebenangebote der Bieter der engeren Wahl“ – zu denen auch die ASt gehörte – nähere Ausführungen: Bezüglich der im 1. Nebenangebot genannten GFK-Rohre der Firma ... seien die geforderten Nachweise der Rohrstatik und der Auftriebsicherheit nicht erbracht worden. Die ASt habe solche Nachweise zwar für ein Rohr mit dem Außendurchmesser 1638 mm (DN 1600) vorgelegt. Gegenstand des Nebenangebotes seien jedoch ...-Rohre DN 1500. Diese Rohre mit der Nennsteifigkeit 10000 hätten nach ...-Werknorm einen Außendurchmesser von 1499 mm, eine Wandstärke von 30,4 mm und somit einen Innendurchmesser von 1438 mm. Die Nachweise bezögen sich daher nicht auf die angebotenen Rohre. Ferner sei bei einer ökologi-

schen Abschätzung – die VSt nimmt insoweit Bezug auf das von ihr eingeholte Gutachten der Gesellschaft für ... vom 12. Februar 2002 - das in der Leistungsbeschreibung geforderte Stahlbetonrohr im Vorteil gegenüber dem angebotenen GFK-Rohr. Dieses erfülle zwar die rohrstatischen und hygienischen Anforderungen sehr gut. Wegen ihrer glatten Innenwände, die im Gegensatz zu Beton kein Wasser aufnehmen und daher weniger leicht zum Nährboden für Bakterien würden, seien die GFK-Rohre einfacher und kostengünstiger zu reinigen, woraus größere Wartungs- und Inspektionsabstände folgten. Die Energieaufwendungen für die Herstellung der GFK-Rohre seien jedoch erheblich höher als bei Stahlbeton. Dieser Nachteil werde durch geringere Energieaufwendungen beim Transport der wesentlich leichteren GFK-Rohre nicht vollständig aufgewogen. Auch bei den Parametern Treibhauspotential und Versauerungspotential sei die Betonvariante ökologisch günstiger. Beziehe man beim Versauerungspotential allerdings die Transportaufwendungen mit ein, so liege hinsichtlich dieses Punktes das GFK-Rohr in Führung. Eine Möglichkeit zur Wiederverwertung der GFK-Rohre sei gegenwärtig nicht bekannt, während Betonrohre als rein mineralischer Bauschutt entsorgt oder einer Wiederverwertung als Betonrecycling zugeführt werden könne. Die großen Vorteile der GFK-Rohre hinsichtlich der Reinigungsaufwendungen (Hygiene und Wartung) relativierten sich bei der ökologischen Gesamtbetrachtung, die letztlich zugunsten des Stahlbetonrohres ausfalle. Das Nebenangebot wurde bei der weiteren Wertung nicht berücksichtigt.

Für die Nebenangebote 2-4 stellte die VSt im Vergabevermerk vom 6. März 2002 jeweils fest, dass die angebotene Leistung nicht mit der geforderten übereinstimme. Das Nebenangebot erfülle nicht den Vertragszweck. Die angebotene Leistung habe eine von der Leistungsbeschreibung abweichende technische Spezifikation und sei mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Gebrauchstauglichkeit nicht gleichwertig. Beim 2. Nebenangebot gelangte sie zu diesem Schluss, weil die Sofortentschalung zu einer erhöhten Oberflächenrauigkeit führe und damit den Qualitätsanforderungen nicht genüge. Zudem lasse die Sofortentschalung Mängel in der Maßgenauigkeit und Qualität der Wärmetauscheranschlüsse erwarten.

Beim dritten und vierten Nebenangebot folgerte die VSt die mangelnde Gleichwertigkeit daraus, dass Stahlbetonrohre nach DIN 4035 angeboten, in der Leistungsbeschreibung

aber erhöhte Anforderungen an die Maßhaltigkeit der Rohre gestellt worden seien. Mit der gleichen Begründung schloss sie das Nebenangebot eines weiteren Bieters aus, der Stahlbetonrohre nach DIN 4035 angeboten hatte.

Die mit der Angebotsprüfung beauftragte Ingenieurgesellschaft ... hatte in ihrem Vergabevorschlag vom 7. Februar 2002 den Zuschlag auf das 3. Nebenangebot der ASt empfohlen. ... hatte zwar Bedenken hinsichtlich des Schutzes der Wärmetauscherrohre geäußert, meinte aber, dem Nebenangebot könne unter der Voraussetzung zugestimmt werden, dass der Betonverguss der Anschlussstutzen werkseitig hergestellt werde, und vermerkte abschließend: „Ansonsten wurden keine wesentlichen Abweichungen zum Leistungsverzeichnis festgestellt.“

- b) Hinsichtlich des Loses 3 gab die ASt in ihrer mit dem Angebot eingereichten Bietererklärung für das Hauptangebot an, die Teilleistungen Grundwasserabsenkung sowie Pumpenausrüstung an einen Nachunternehmer vergeben zu wollen. Auf Nachfrage der für die VSt mit der Angebotsauswertung befassten Gesellschaft für ... (...) vom 12. Februar 2002, wie es sich diesbezüglich beim Nebenangebot verhalte, antwortete die ASt am selben Tage, die hinsichtlich der Pumpenausrüstung gemachte Angabe beziehe sich nur auf Los 2. Die im Nebenangebot zu Los 3 aufgeführten Leistungen der Ziffern 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3, 5.2.4, 5.2.5 und 5.5.0 würden von dem in der Bietererklärung genannten Nachunternehmer, die Titel 5.1.0 und 5.3.0 würden hingegen von der ASt selbst ausgeführt.

Hinsichtlich des Hauptangebotes nahm die VSt ausweislich ihres Vergabevermerks vom 26. Februar 2002 an, dass die ASt die komplette Vergabe der Abschnitte 5.2 und 5.3, also die Errichtung und das Betreiben der Wasserhaltung, an einen Nachunternehmer vergeben wolle. Diese Leistungen stellten den Hauptbestandteil der ausgeschriebenen Leistungen dar und machten 90 % des Gesamtwerts des Angebotes aus. Unter Bezugnahme auf den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 16. Mai 2001 - Verg 10/00 sah die VSt daher für Los 3 die Eignung der ASt nicht als nachgewiesen an.

Das Nebenangebot der ASt, das eine Grundwasserabsenkung mittels Tiefendrainage vorsah, war nach der in einem Vermerk vom 11. Februar 2002 dargelegten Einschätzung der Ingenieurgesellschaft ... technisch ungeeignet. Außerdem seien bei isolierter Betrachtung

von Los 3 „die Bestimmungen des Vergabegesetzes, dass der Bieter die Leistungen weitgehend im eigenen Betrieb auszuführen hat, nicht eingehalten“. In ihrem Vergabevermerk vom 26. Februar 2002 machte die VSt keine Ausführungen zum Nebenangebot der ASt.

Ebenfalls wegen eines auf das Los 3 bezogenen Nachunternehmeranteils von mehr als 2/3 sah die VSt weitere 4 der insgesamt 13 Bieter für das Los 3 als ungeeignet an. Von den nur zwei in die letzte Stufe der Wertung gelangten Bietern beabsichtigt die VSt, der Beigeladenen zu 2) den Zuschlag auf deren Hauptangebot zu erteilen. Dieses beläuft sich auf ... € während die Summe des Hauptangebotes der ASt ... €ausmache.

Über den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu 2) informierte die VSt die ASt mit Schreiben vom 11. März 2002, in dem sie die Nichtberücksichtigung der ASt mit deren mangelnder Fachkunde begründete da diese mehr als 2/3 der in Los 3 geforderten Leistungen durch Nachunternehmer ausführen lassen wolle.

2. Nachdem die ASt die beabsichtigte Vergabeentscheidung mit Schreiben vom 14. März 2002 erfolglos gerügt hatte, wandte sie sich am 22. März 2002 mit ihrem Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer. Die ASt hält ihre Nichtberücksichtigung bei Los 2 für unbegründet, weil die Nebenangebote 2-4 zu Unrecht nicht gewertet worden und wirtschaftlicher als das Hauptangebot der Beigeladenen zu 2) seien. Die Nichtberücksichtigung des 1. Nebenangebotes aus ökologischen Gründen sei nicht nachvollziehbar. Ein ökologisch nachteiliges Moment der angebotenen GFK-Rohre, das sich konkret auf die angestrebte Verwendung übertragen ließe, sei nicht genannt worden. Die in den Nebenangeboten 2-4 angebotenen Stahlbetonrohre erfüllten sämtliche in der Ausschreibung festgelegten erhöhten Anforderungen gemäß Titel 2.1.1, Punkt 4; mit ihrer Interpretation, wonach nur die Erfordernisse der DIN 4035 erfüllt seien, verdrehe die VSt die Nebenangebote. Als Anlage ist dem Schriftsatz eine Erklärung der Herstellerfirma der in den Nebenangeboten 2 und 3 angebotenen Rohre vom 20. März 2002 beigefügt, dass diese Rohre sämtliche der in der Ausschreibung genannten Anforderungen der Maßhaltigkeit erfüllten.

Bei der Verneinung der Fachkunde der ASt hinsichtlich des Loses 3 habe die VSt zu Unrecht den Nachunternehmeranteil allein auf dieses Los bezogen. Richtigerweise hätte

hingegen nach Auffassung der ASt die Nachunternehmerleistung auf den Gesamtwert der Lose 2 und 3 bezogen werden müssen, da die ASt ihr Nebenangebot zu Los 3 unter die Bedingung einer gleichzeitigen Beauftragung mit dem Los 2 gestellt habe.

Die ASt ergänzt und vertieft ihren Vortrag mit Schriftsatz vom 8. April 2002 sowie mit Schriftsatz vom 17. April 2002, der auf der Grundlage der zwischenzeitlich durch Übersendung eines Aktenauszugs gewährten Akteneinsicht verfasst wurde.

Hinsichtlich der Beurteilung des 1. Nebenangebotes zu Los 2 behauptet die ASt, sie habe ... -Rohre der Bezeichnung DA 1638 und nicht DN 1500 angeboten. Der Außendurchmesser der Rohre betrage 1638 mm. Die eingereichten statischen Nachweise bezögen sich daher auf die angebotenen Rohre. Die ökologische Bewertung der Stahlbetonrohre sei nicht nachvollziehbar. Gründe für einen Nachteil der Rohre im Hinblick auf die Parameter Versauerungspotential und Treibhauseffekt würden nicht genannt. Es sei unverständlich, dass der Einfluss der Transportaufwendungen nicht konkret anhand der Transportstrecken berechnet worden sei, die mit den von der ASt angebotenen GFK-Rohren einerseits und den von der Beigeladenen angebotenen Stahlbetonrohren andererseits zurückgelegt werden müssten. Die hohe Gewichtung des Punktes Recyclingfähigkeit sei nicht gerechtfertigt angesichts der hohen Lebensdauer der Produkte von mindestens 50 Jahren. Die VSt habe zudem außer acht gelassen, dass die in der Leistungsbeschreibung genannten und von der Beigeladenen zu 1) angebotenen Rohre Stahlbetonrohre seien, bei denen Beton und Stahl vor der Wiederverwertung erst unter erheblichem Energieaufwand getrennt werden müssten. Durch die Angabe des Wertungskriteriums Ökologie sei es nicht gedeckt, die durch die Glattwandigkeit der GFK-Rohre bewirkten Rentabilitätsvorteile nur untergeordnet zu bewerten, zumal die VSt sich für die Nichtberücksichtigung des 2. Nebenangebotes gerade auf die Rauheit der dort angebotenen sofortentschalteten Stahlbetonrohre berufe. Insgesamt, so die ASt im Schriftsatz vom 17. April 2002, sei nicht nachvollziehbar, welche Priorität die VSt den in der Ausschreibung genannten Wertungskriterien einräume. Zudem liege ein Vergaberichtsverstoß darin, dass die VSt auf S. 3 ihres formularmäßigen – vom oben erwähnten ausformulierten Vergabevermerk zu unterscheidenden - Vergabevermerks EFB-Verg 3 vom 6. März 2002 bei den Kriterien für die Auftragserteilung – wie unstrittig ist – nicht nur die Kriterien Preis, Wirtschaftlichkeit, Rentabilität und Sonstige (mit dem eingetragenen Zusatz: Ökologie), sondern auch das nicht in den Ausschreibungsunterlagen genannte Kriterium

Qualität angekreuzt habe. Gewertet werden dürften jedoch nur in den Vergabeunterlagen genannte Kriterien.

Hinsichtlich der Nebenangebote 2-4 liege eine bewusste Falschinterpretation des Angebotstextes seitens der VSt vor. Die Nennung der DIN 4035 bedeute nicht, dass nur deren Voraussetzungen erfüllt seien. Dass die angebotenen Rohre vielmehr auch den erhöhten Anforderungen der Ausschreibung genügten, habe die VSt auch anhand der ihr zur Prüfung überlassenen Musterrohre erkennen können. Schließlich sei sie anhand des Musterrohrs ja auch zu dem Schluss gekommen, dass die mit dem 2. Nebenangebot offerierten Rohre eine zu raue Oberfläche aufwiesen. Die Einhaltung der Anforderungen an die Maßhaltigkeit ergebe sich aus den an das Ingenieurbüro ... übersandten Konstruktionszeichnungen. Im übrigen habe die VSt nicht dargelegt, dass eine Abweichung von den Maßhaltigkeitsanforderungen – wie sie von der VSt zu Unrecht angenommen werde – zu einer Qualitätseinbuße führe. Im Vergabevermerk lasse die VSt zudem völlig unerwähnt, dass das Büro ... einen Zuschlag auf das 3. Nebenangebot der ASt vorgeschlagen habe.

Bezüglich des Loses 3 trägt die ASt mit Schriftsatz vom 17. April 2002 vor, sie habe in der Bewerbererklärung lediglich angegeben, dass Teilleistungen der Grundwasserabsenkung an Nachunternehmer vergeben werden sollten. Hierbei handele es sich jedoch lediglich um Teilleistungen des Titels Brunnenbau. Fehlerhaft sei zudem die technische Bewertung des Nebenangebotes. Die Ingenieurgesellschaft ..., auf die die VSt sich beziehe, gehe zu Unrecht davon aus, dass die Tiefendrainage nur bis zu einer Tiefe von 57,20 üNN errichtet werden solle. Die Tiefenlage der Drainage richte sich nach der Tiefe des Gründungsplanums, unter welchem die Drainage zwischen 0,80 m und 1,30 m tief eingefräst werde. Das tiefste Gründungsplanum befinde sich auf 56,00 üNN, so dass die eingefräste Drainage eine Tiefe von ca. 54,70 üNN aufweise und damit auch Tiefen unterhalb des Gründungsniveaus der Fundamentplatte etc. trockenlegen könne.

Die ASt beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren nicht weiter zu führen und ihm die Erteilung des Zuschlags zu untersagen;
2. der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners zur ergänzenden Sachverhaltsklärung und Begründung zu gewähren;

3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen;
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Antragstellerin sachdienlich und erforderlich war.

Der Nachprüfungsantrag ist der VSt am 25. März 2002 zugestellt worden.

3. Die VSt beantragt,
 1. den Antrag der Antragstellerin auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens als unbegründet zurückzuweisen;
 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Vergabestelle aufzuerlegen.

Sie hält an der im Vergabevermerk und im Antwortschreiben auf die Rüge der ASt vertretenen Auffassung fest. Der Ausschluss der Nebenangebote 2-4 zu Los 2 sei dadurch gerechtfertigt, dass die Vorgaben der Maßhaltigkeit nicht eingehalten würden, wie sich aus der Bezugnahme auf DIN 4035 ergebe. Dies gelte auch für das 2. Nebenangebot, bezüglich dessen im Vergabevermerk nur auf den insoweit gegebenen weiteren Ausschlussgrund, die zu rauhe Oberfläche, abgestellt worden sei. Entgegen der Auffassung der ASt lasse sich die Einhaltung der erhöhten Vorgaben auch nicht mit vertretbarem Aufwand anhand der Musterrohre feststellen. Die VSt habe diese nicht unter dem Aspekt der Maßhaltigkeit geprüft und sei hierzu auch nicht verpflichtet. Ob die VSt Anspruch auf Einhaltung der gegenüber DIN 4035 erhöhten Anforderungen habe, richte sich nach dem unterbreiteten Angebot, nicht nach den überlassenen Musterrohren.

Was das 1. Nebenangebot angehe, so habe die ASt Nachweise für die Auftriebsicherheit geliefert, die sich nicht auf das angebotene Rohr bezögen. Bei der ökologischen Bewertung der GFK-Rohre sei der Einfluss der Transportaufwendungen aufgrund der variablen und nicht exakt zu bestimmenden Größenordnungen (Entfernungskilometer) untergeordnet bewertet und weitestgehend vernachlässigt worden. Bei den Energieaufwendungen für die Herstellungsphase, den Parametern Treibhauspotential und Versauerungspotential sowie im Hinblick auf die Recyclingfähigkeit hätten die Stahlbetonrohre deutliche Vorteile. Die Vor-

teile infolge verminderten Reinigungsaufwandes, die sich bei Nutzung der GFK-Rohre ergeben, seien angesichts des hohen ökologischen Anspruchs beim Neubau des ... als zweitrangig bewertet worden.

Hinsichtlich des Nachunternehmeranteils sei es notwendig, diesen auf das jeweilige Los zu beziehen, denn die Feststellung der Eignung müsse losbezogen erfolgen.

4. Mit Beschluss vom 5. März 2002 sind die ... und ..., als Beigeladene zu 1) und die ..., als Beigeladene zu 2) zu dem Nachprüfungsverfahren beigeladen worden.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin zu Ziff. 1., 3. und 4. zurückzuweisen;
2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene zu 1) für erforderlich zu erklären und
3. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Kosten der Beigeladenen zu 1) aufzuerlegen.

Sie schließt sich den von der VSt im Schriftsatz vom 28. März 2002 gemachten Ausführungen an. Zudem weist sie darauf hin, dass auch die Beigeladene zu 1) ein Nebenangebot für Los 2 abgegeben habe, das nicht gewertet worden sei, aber gewertet werden müsse, wenn man das Nebenangebot der ASt werten wolle. Das Nebenangebot der Beigeladenen zu 1) sei preisgünstiger als das entsprechende Nebenangebot der ASt. Darüber hinaus vertritt die Beigeladene zu 1) die Auffassung, die von der ASt eingereichte Nachunternehmererklärung sei auch hinsichtlich des Nebenangebotes zu Los 3 dahin auszulegen, dass dieses vollständig durch Nachunternehmer ausgeführt werden solle. Dass die ASt die Nachunternehmerleistung nach dem Submissionstermin auf Nachfrage auf Positionen begrenzt habe, die allerdings immerhin noch 77 % des Wertes des Loses ausmachten, stelle eine unzulässige Nachverhandlung dar. Jedenfalls sei aber auch der solchermaßen – unzulässigerweise – begrenzte Nachunternehmeranteil so hoch, dass die Eignung der ASt zu verneinen sei. Entgegen der Auffassung der ASt komme es auch nicht in Betracht, den Nachunternehmeranteil auf den Gesamtwert von Los 2 und 3 zusammen zu beziehen, denn

dadurch würde die Entscheidung der VSt unterlaufen, gem. § 4 VOB/A nach Fachlosen auszuschreiben.

Hinsichtlich des Nebenangebots 1 zu Los 2 weist die Beigeladene zudem darauf hin, dass der von der ASt vorgelegte Nachweis der Auftriebsicherheit sich auf ein anderes als das geforderte Schüttgut, auf ein Rohr DA 1638 sowie auf das Füllmedium Wasser beziehe und damit von den Vorgaben in mehrfacher Hinsicht abweiche. Zudem sei ausweislich des Vermerks der Ingenieure KuK im Falle der Beauftragung von GFK-Rohren eine Umplanung erforderlich.

Die Beigeladene zu 2) beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zu Ziff. 1., 3. und 4. des Antrages vom 22. März 2002 zurückzuweisen

sowie

der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Kosten der Beigeladenen zu 2) aufzuerlegen.

Sie schließt sich ebenfalls den Ausführungen der VSt an. Darüber hinaus bezweifelt sie, dass die ASt die in Titel 5.3 des Loses 3 genannten Leistungen selbst ausführen werde. Denn hierfür benötige man entsprechend ausgebildetes und erfahrenes Fachpersonal, das naturgemäß nur im Betrieb des Nachunternehmers vorhanden sei, der auch die Titel 5.2. und 5.5 des Loses ausführe. Mit Schriftsatz vom 18. April 2002 äußert sie zudem die Ansicht, dass selbst dann, wenn es – wie von der ASt behauptet – auf die im Nebenangebot zu Los 3 vorgeschriebene Weise möglich sei, die erforderliche Verlegetiefe des Dräns herzustellen, die weiteren von der Ingenieurgesellschaft ... in der Vergabeempfehlung aufgezeigten Nachteile zum Ausschluss des Nebenangebots wegen fehlender Gleichwertigkeit führen müssten.

5. Die Beteiligten hatten Gelegenheit, ihre Standpunkte in der mündlichen Verhandlung am 23. April 2002 zu erläutern. Die Kammer hat auf die mündliche Verhandlung die Entscheidungsfrist bis zum 3. Mai 2002 verlängert.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vorbringen der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze, die Verfahrensakte einschließlich des Protokolls der mündlichen Verhandlung sowie auf die Vergabeakten Bezug genommen.

II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.
 - a) Die Vorschriften des vierten Abschnitts des GWB sind anwendbar. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB. Der Auftrag ist dem Bund zuzurechnen, so dass gemäß § 104 Abs. 1 GWB die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes begründet ist. Für den Auftragswert ist im vorliegenden Fall nicht nur der Wert der Lose 2 und 3, sondern der Wert der Bauleistungen für die Baumaßnahme insgesamt zugrunde zu legen, der den Schwellenwert nach §§ 100, 127 GWB i. V. m. § 2 Nr. 4 VgV erheblich überschreitet.
 - b) Die ASt hat die von ihr angenommenen Vergaberechtsverstöße unverzüglich gem. § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gerügt.
 - c) Sie ist darüber hinaus antragsbefugt i. S. d. § 107 Abs. 2 GWB. Das erforderliche Interesse am Auftrag ergibt sich bereits aus ihrer Beteiligung an der Ausschreibung. Die ASt hat darüber hinaus hinreichend geltend gemacht, dass sie durch die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags auf die Angebote der Beigeladenen zu 1) und zu 2) in ihren Rechten verletzt werde und ihr daraus ein Schaden drohe.
2. Der Nachprüfungsantrag erweist sich jedoch als unbegründet.
 - a) Die beabsichtigte Vergabeentscheidung hinsichtlich des Loses 2 verstößt nicht gegen das Vergaberecht und verletzt nicht die Rechte der ASt.
 - aa) Der Ausschluss des 1. Nebenangebotes zu Los 2 von der weiteren Wertung ist nicht zu beanstanden.

aaa) Der Ausschluss ist nach § 24 Nr. 2 VOB/A gerechtfertigt. Der im Rahmen der Angebotsprüfung geforderte Nachweis der Auftriebsicherheit stellt eine geforderte Aufklärung im Sinne dieser Bestimmung dar. Die ASt hat nach Angebotsabgabe Berechnungen der Firma ... für Rohre DA 1638 mit einem Außendurchmesser von 1638 mm vorgelegt. Angeboten hat sie Rohre der Dimension DN 1500. Diese Dimensionierung war in der Leistungsbeschreibung gefordert worden. Eine Typbezeichnung ... DA 1638, aus der die ASt ableiten möchte, sie habe Rohre von 1638 mm Durchmesser angeboten, enthält weder das Anschreiben zum Nebenangebot noch das Leistungsverzeichnis. Lediglich auf Seite 4 eines dem Nebenangebot beigefügten Schreibens der Firma ... an die ASt vom 11. Januar 2002 findet sich die Bezeichnung DA 1638. In dem Schreiben dankt die Firma ... der ASt für ihr Interesse an ... -Rohren und informiert allgemein über das Sortiment der Firma ..., das Rohre mit Nennweiten von 150-2400 mm umfasse, und die Eigenschaften der ... -Rohre. Die von der ASt in der mündlichen Verhandlung angeführte Passage auf der letzten Seite des Schreibens lautet unter der Überschrift „Rohrverbindung“:

„(...) Die Höhe richtet sich nach der Rohrwanddicke und liegt zwischen 10 mm (für Rohr DA 1026) und 24 mm (für Rohr DA 1638). Im Bedarfsfall ist Ausgleich der entstehenden Fuge mit „Sikaflex-PRO 3 WF“ möglich. (Fugenvolumen: ca. 1,5 dm³ – DA 1638 / ca. 0,5 dm³ – DA 1026).

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Aussagen bei Ihrer Entscheidungsfindung behilflich zu sein und würden uns über eine Zusammenarbeit sehr freuen.“

Aus dieser Textstelle mag zwar zu entnehmen sein, dass die ASt im Vorfeld der Angebotsabgabe ...-Rohre DA 1638 in Erwägung gezogen hat, sie gibt aber keinen hinreichenden Aufschluss darüber, ob die ASt danach die Entscheidung getroffen hat, aus der Angebotspalette der Firma ... gerade diese Rohre zu wählen. Die von der ASt im Leistungsverzeichnis angegebene Nennweite DN 1500 steht einer solchen Schlussfolgerung entgegen. Denn die Herstellerfirma ... selbst gibt für ihre Rohre DA 1638 eine Nennweite DN 1600 an, während sie mit der – von der ASt genannten – Nennweite DN 1500 Rohre des Außendurchmessers 1499 mm bezeichnet. Dies ergibt sich nicht nur aus der

von der VSt eingesehenen Übersicht auf der Internet-homepage der Firma ..., sondern auch aus den Unterlagen der Firma ..., die dem Ingenieurbüro ... mit Telefax vom 4. Februar 2002 zum Nachweis der Auftriebsicherheit übersandt wurden (dort S. 4: „Mauerwerkskupplung Typ C“ – mit Sortimentsübersicht -, S. 8 u. S. 18: „Berechnungen nach Arbeitsblatt ATV...“). Für einen objektiven Erklärungsempfänger in der Situation der VSt war daher die Annahme gerechtfertigt, dass Gegenstand des Angebotes die von der Herstellerfirma selbst als DN 1500 bezeichneten Rohre mit einem Außendurchmesser von 1499 mm seien. Die eingereichten Nachweise für Rohre mit dem größeren Durchmesser 1638 mm waren daher nicht geeignet, den Nachweis der Auftriebsicherheit zu erbringen. Dass die ASt Nachweise für jene Rohre vorlegte, die sie ihrer Meinung nach angeboten hatte – ohne dass dies nach dem objektiven Gehalt ihrer Erklärung der Fall war -, ist insofern unerheblich.

Wollte man nicht der Auslegung der Vergabestelle folgen, wonach die Angabe DN 1500 im Leistungsverzeichnis bedeute, dass Rohre mit dem Außendurchmesser 1499 mm angeboten seien, deren Nenndurchmesser die Herstellerfirma selbst mit DN 1500 bezeichnet, so ergäbe sich hieraus keine für die ASt günstigere Rechtsfolge. Denn angesichts der o. g. Umstände, die für die Auslegung der VSt sprechen, wäre allenfalls die Auffassung vertretbar, es sei unklar, ob die ASt Rohre des Außendurchmessers 1638 mm oder solche mit dem Außendurchmesser 1499 mm angeboten habe. Eintragungen eines Bieters, die Zweifel am wettbewerbserheblichem Inhalt des Angebots begründen und nicht im Wege zulässiger Auslegung zu beseitigen sind, machen jedoch eine ordnungsgemäße Wertung des Angebots unmöglich und stellen ihrerseits einen Ausschlussgrund nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b) i. V. m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 4 VOB/A dar (vgl. VK 2 – 48/01, Beschl. v. 9. Januar 2002, S. 12 ff.). Die ASt wäre dann zwingend auszuschließen gewesen.

Ob der vorgelegte Nachweis überhaupt inhaltlich hinreichend war – der Vermerk der Ingenieure ... hat zwar einen positiven Tenor, zeigt jedoch Abweichungen auf und formuliert Bedingungen, die zu weiteren Nachforschungen Anlass geben könnten – bedarf demnach ebenso wenig einer Ent-

scheidung wie die Frage, ob die Auftriebsicherheit nicht bereits mit dem Angebot hätte nachgewiesen werden müssen (vgl. BayObIG Beschl. v. 21. November 2001, Verg 17/01, bezüglich abweichender technischer Spezifikationen).

- bbb) Abgesehen von den oben genannten Gründen bleiben die Einwände der ASt gegen die Nichtberücksichtigung des 1. Nebenangebotes auch deswegen ohne Erfolg, weil die Einschätzung der VSt jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden ist, die Kunststoffrohre seien dem Hauptangebot wegen nachteiliger ökologischer Eigenschaften nicht gleichwertig.

Eine Gleichwertigkeitsprüfung war nicht schon deshalb entbehrlich, weil die VSt in der Leistungsbeschreibung Stahlbetonrohre angegeben und diesbezüglich sehr detaillierte Anforderungen formuliert hatte. Denn diese waren für die Bieter nicht zwingend dahin zu verstehen, dass Nebenangebote, die andere Rohrmaterialien zum Gegenstand haben, von vornherein nicht erwünscht seien. Eine solche verbindliche Vorgabe im Sinne eines Ausschlusskriteriums hätte die VSt klar zum Ausdruck bringen müssen. Wie die vorgenommene detaillierte Gleichwertigkeitsprüfung zeigt, verstand die VSt die in der Leistungsbeschreibung genannten Materialvorgaben auch selbst nicht als Ausschlusskriterium im o. g. Sinne. Sie dienen daher nur als Maßstab für die im Rahmen der Wertung vorzunehmende Prüfung, ob eine Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Hauptangebot gegeben ist.

Die VSt hat – im Einklang mit den Stellungnahmen von ... und Gesellschaft für ... - angenommen, dass die GFK-Rohre geeignet sind, den mit den ausgeschriebenen Stahlbetonrohren verfolgten Zweck zu erfüllen. Dennoch hat sie die Gleichwertigkeit verneint, weil sie den im Gutachten der Gesellschaft für ... genannten ökologischen Nachteilen der GFK-Rohre ein größeres Gewicht beimisst gegenüber den Gesichtspunkten der Funktionalität – hier weist das GFK-Rohr wegen seiner glatten Oberfläche Vorteile auf – und den allerdings nicht näher quantifizierten möglichen Vorteilen der GFK-Rohre

hinsichtlich ihrer Rentabilität wegen geringeren Reinigungsaufwandes. Diese Wertung ist jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Der VSt ist zunächst in ihrem Ausgangspunkt zu folgen, dass das Kriterium Ökologie in die Gleichwertigkeitsprüfung einzubeziehen ist, wie dies im übrigen auch von der ASt nicht in Frage gestellt wird. Ökologie wurde nicht nur als Wertungskriterium genannt, vielmehr wurde auch in der Leistungsbeschreibung darauf hingewiesen, dass nur Materialien verwendet werden dürften, die eine hohe (Gesundheits- und) Umweltverträglichkeit aufweisen, wobei diese ausdrücklich auch auf „Gewinnung, Transport, Nutzung und Entsorgung“ bezogen wird. Soweit der Gesichtspunkt des Energieaufwandes im Rahmen der Herstellung in der Wertung berücksichtigt wurde, ist dies durch das genannte Kriterium der Umweltverträglichkeit im Hinblick auch auf die Herstellung des Materials gerechtfertigt. Der Energieaufwand bei der Herstellung eines Produktes hat zwar ebenso wie jener für den Transport zum Leistungsort keine einzelwirtschaftlichen Konsequenzen für den Auftraggeber. Dieser hatte jedoch – was angesichts der Vorbildrolle des ... nachvollziehbar ist – im vorliegenden Fall den Gesichtspunkt der Umweltverträglichkeit in der Leistungsbeschreibung deutlich weiter gefasst, ohne dass dies gerügt worden wäre. Das solchermaßen ohne erkennbare Diskriminierungsabsicht definierte Anforderungsprofil ist daher der Gleichwertigkeitsprüfung zugrunde zu legen.

Dass der in der Leistungsbeschreibung erteilte Hinweis nur eine „hohe“ Gesundheits- und Umweltverträglichkeit der eingesetzten Materialien verlangt, könnte zwar dagegen sprechen, bereits im Rahmen der Gleichwertigkeitsprüfung das Material GFK vom Zuschlag auszuschließen. Denn wenn es auch nicht in jedem Einzelaspekt eine zumindest gleich hohe Umweltverträglichkeit wie Stahlbeton aufweist, so hat es doch - wie das Gutachten der ... und der Vergabevermerk aufzeigen - in mancher Hinsicht durchaus auch Vorteile gegenüber Stahlbeton, die unter bestimmten Voraussetzungen einige Nachteile zumindest deutlich vermindern können. Eine Gleichwertigkeit der GFK-Rohre könnte daher zu bejahen sein, wenn man die Gleichwertigkeitsprüfung lediglich als groben Filter – oder gar als bloße technische Eignungsprüfung - be-

trachtete, der nur dazu dienen soll, solche Nebenangebote von der weiteren Wertung auszuschließen, die so gravierend vom in der Leistungsbeschreibung zum Ausdruck kommenden Anforderungsniveau abweichen, dass sie mit den Hauptangeboten nicht sinnvoll vergleichbar sind.

Auf die Beantwortung dieser Frage kommt es letztlich jedoch nicht an. Denn selbst wenn man vorstehender Auffassung folgen und die Gleichwertigkeit in dem eben genannten eingeschränkten Sinne bejahen wollte, führte dies nicht zu einem anderen Ergebnis. Die Bejahung der Gleichwertigkeit hätte lediglich zur Folge, dass das Nebenangebot auf die letzte Stufe der Wertung gelangte. Dort könnten die im Rahmen einer solchen eingeschränkten Gleichwertigkeitsprüfung nur zur Bestimmung eines vergleichbaren Angebotsniveaus gleichsam summarisch herangezogenen Kriterien erneut und vertieft für den detaillierten Vergleich der Angebote auf der Endstufe der Wertung berücksichtigt werden, soweit es sich zugleich um Zuschlagskriterien handelt. Die VSt dürfte daher dem Gesichtspunkt der Ökologie auch auf der letzten Wertungsstufe Rechnung tragen. Es ist deshalb nichts dafür ersichtlich, dass durch die skizzierte Abgrenzung der Prüfungsschritte die Zuschlagschancen des Nebenangebotes gesteigert werden könnten. Denn die VSt hat die Erwägungen, die sie dann im Rahmen dieses letzten Wertungsschrittes hätte vornehmen müssen, bereits bei der Prüfung der Gleichwertigkeit angestellt. Soweit sie dabei die im Gutachten der ... genannten ökologischen Nachteile gegenüber möglichen Vorteilen im Hinblick auf Funktionalität und Rentabilität höher gewichtete, so hielt sie sich im Rahmen eines ihr zuzubilligenden Auswahlspielraumes. Das auf der letzten Wertungsstufe zusätzlich zu berücksichtigende Kriterium des Preises könnte schon deshalb nicht zu einem für die ASt vorteilhafteren Ergebnis der Wertung führen, weil der Preis ihres 1. Nebenangebotes höher ist als der Preis des Hauptangebotes der Beigeladenen zu 1), auf das der Zuschlag erteilt werden soll, wobei die Nebenangebote 1 und 5 der ASt nicht miteinander kombinierbar sind.

Was die Einschätzung der Umwelteigenschaften angeht, so ist nicht ersichtlich, dass die VSt sachfremde Maßstäbe angelegt hätte oder von einem unzutreffen-

den Sachverhalt ausgegangen wäre. Der ASt ist zwar zuzugeben, dass eine Energiebilanz hinsichtlich der eingesetzten Rohre auch von den konkret zurückgelegten Transportwegen abhängig ist. Da diese der VSt im Stadium der Angebotsprüfung z. T. nicht bekannt waren und überdies auch nicht verbindlicher Bestandteil des Angebotes sind, erscheint jedoch eine generalisierende Betrachtungsweise vertretbar. Die VSt hat sich für ihre Einschätzung der Umweltverträglichkeit in letztlich nicht zu beanstandender Weise auf die erhöhten Energieaufwendungen bei der Herstellung der GFK-Rohre und deren ungesicherte Recyclingfähigkeit – auch die Wiederverwertbarkeit ist ein in der Leistungsbeschreibung hervorgehobener Punkt – gestützt. Ein Beurteilungsfehler, der zur Anordnung einer erneuten Wertung zwänge, ist daher nicht gegeben.

- bb) Die von der ASt zu Los 2 unterbreiteten Nebenangebote 2-4 sind zu Recht wegen fehlender Gleichwertigkeit von der weiteren Wertung ausgeschlossen worden. Was das Nebenangebot 2 angeht, so hat die VSt nachvollziehbar und in Übereinstimmung mit der Stellungnahme des Ingenieurbüros ... dargelegt, dass die Sofortentschalung zu einer erhöhten Rauheit der Rohroberfläche führt, die das Rohr für den vorgesehenen Verwendungszweck ungeeignet macht. Die deutlich geringere Oberflächenqualität ist unstrittig, und der Einschätzung der VSt, das sofort entschaltete Rohr genüge daher qualitativ nicht den Anforderungen, ist die ASt nicht mit substantiiertem Vortrag entgegengetreten.

Selbst wenn dieser Ausschlussgrund nicht vorläge, ergäbe sich die mangelnde Gleichwertigkeit des mit dem zweiten Nebenangebot offerierten Rohres im übrigen daraus, dass das Nebenangebot für einen objektiven Erklärungsempfänger in der Lage der VSt dahin zu verstehen war, dass lediglich die Maßhaltigkeitsanforderungen der DIN 4035 erfüllt seien. Gleiches gilt für die Nebenangebote 3 und 4, die daher ebenfalls zu Recht von der weiteren Wertung ausgeschlossen worden sind. Wenn die in den Nebenangeboten 2-4 genannten Rohre jeweils als Stahlbetonrohre „nach DIN 4035“ gekennzeichnet wurden, so ist für diese Bezugnahme kein anderer Grund als derjenige ersichtlich, dass hierdurch ein Abweichen von den gegenüber dieser Norm verschärften Vorschriften ausgedrückt werden sollte. Falls sich die Unterschiede der in den Nebenangeboten 2-4 genannten

Rohre von den in der Leistungsbeschreibung genannten Anforderungen - wie von der ASt schriftsätzlich und in der mündlichen Verhandlung vorgetragen – tatsächlich auf die Frage der Sofortentschalung bzw. der Fußlosigkeit der Rohre beschränken, so wäre es erforderlich gewesen, dies in den Angeboten durch eine geeignete Formulierung - beispielsweise „wie Leistungsbeschreibung, jedoch ...“- zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen. Gerade der Umstand, dass die Antragstellerin in den Nebenangeboten 2, 3 und 4 die im – gewerteten - 5. Nebenangebot gewählte Ausdrucksweise („entsprechend der Ausschreibung, jedoch ...“) vermied, verstärkt für einen objektiven Leser den Eindruck, dass in den Nebenangeboten 2-4 die Bezugnahme auf DIN 4035 erfolgte, um eine Abweichung von dem in der Leistungsbeschreibung genannten, gegenüber der vorbezeichneten Norm verschärften Anforderungsprofil auszudrücken. Bestätigt wird dies ferner dadurch, dass die ASt in den Leistungsverzeichnissen der Nebenangebote 2 und 3 gerade für die Maßhaltigkeit auf DIN 4035 verweist: „(...) Rissbreitenbeschränkung auf max. 0,2 mm wie in der Norm 4035 gefordert. Die Maßhaltigkeit entspricht den vorher genannten Normen, ...“. Andere Normen als DIN 4035 waren zuvor nicht genannt worden, so dass diese Bezugnahme nur dahin verstanden werden kann, dass allein die Maßhaltigkeitserfordernisse der DIN 4035 erfüllt werden, nicht aber die darüber hinausgehenden in der Leistungsbeschreibung genannten Anforderungen an die Maßhaltigkeit. Dass das Leistungsverzeichnis des Nebenangebotes 4 diese Passage nicht enthält, führt hinsichtlich dieses Nebenangebotes angesichts der oben genannten Gesichtspunkte zu keiner anderen Auslegung.

Diese nach dem objektiven Erklärungswert der Nebenangebote 2-4 vorliegende Abweichung zum in der Leistungsbeschreibung definierten Anforderungsprofil berechtigte die VSt zum Ausschluss der genannten Nebenangebote von der weiteren Wertung. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass bei Röhren, die der Zufuhr von Atemluft dienen, besonders hohe Anforderungen hinsichtlich der Maßgenauigkeit bestehen. Entgegen der im Schriftsatz vom 17. April 2002 geäußerten Ansicht der ASt bedarf es daher keiner weiteren Darlegungen der VSt zu den durch Abweichung von den Vorgaben bewirkten Qualitätseinbußen hinsichtlich jener Angebote. Soweit die VSt in ihrem Vergabevermerk vom 6. März 2002 hinsichtlich des Nebenangebotes 2 zumindest nicht ausdrücklich auf den Aspekt der fehlenden Maßhaltigkeit eingegangen

ist, sondern auf die zu große Rauheit der Oberfläche abgestellt hat, macht dies den von ihr schriftsätzlich – und bereits in der Antwort auf das Rügeschreiben – vorgetragenen Punkt nicht unbeachtlich. Zum einen hat die VSt den Grund der mangelnden Maßhaltigkeit in ihrer Antwort an die ASt auf deren Rüge zulässigerweise ergänzt. Zum anderen ergibt sich aus der Beurteilung der Nebenangebote 3 und 4, dass jedenfalls aus der nicht zu beanstandenden Sicht der VSt bei Nichteinhaltung der Maßgenauigkeit eine weitere Wertung des Angebots ausschied. Ein anderes Wertungsergebnis wäre daher auch beim 2. Nebenangebot nicht denkbar.

Die Auffassung der ASt, die VSt hätte anhand der dem Ingenieurbüro ... auf dessen Anforderung hin während der Angebotsprüfung übersandten Musterrohre erkennen können, dass die angebotenen Rohre auch die erhöhten Anforderungen erfüllten, geht fehl. Fraglich erscheint bereits, ob mit vertretbarem Aufwand anhand eines Musterrohrrohres zuverlässig ermittelt werden kann, ob die Maßhaltigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Die VSt hat eine solche Prüfung auf die Maßhaltigkeit hin nicht durchgeführt, und sie war hierzu auch nicht verpflichtet. Sie hebt vielmehr zu Recht hervor, dass die Erfüllung der erhöhten Voraussetzungen selbst dann nicht zum Gegenstand des Nebenangebotes geworden wäre, wenn sich herausgestellt hätte, dass das Musterrohr den erhöhten Anforderungen genügt.

Dass die ASt ihrem Nachprüfungsantrag vom 22. März 2002 eine Erklärung des Herstellers der in den Nebenangeboten 2 und 4 genannten Rohre beigefügt und sich zu eigen gemacht hat, wonach diese Rohre auch die gegenüber der DIN 4035 verschärfte Anforderungen erfüllten, ändert nichts am vorstehenden Ergebnis. Soweit man die Erklärung als Nachweis der Gleichwertigkeit betrachten wollte, wurde er erst nach Abschluss der Wertung und damit bei weitem zu spät erbracht. Stellt man darauf ab, dass der objektive Inhalt der Nebenangebote durch die im Nachprüfungsverfahren nachgereichten Erklärungen der ASt geändert werden solle, so handelte es sich um eine unzulässige Nachverhandlung.

- b) Der Ausschluss des Haupt- und des Nebenangebotes der ASt für Los 3 erfolgte im Ergebnis ebenfalls zu Recht.

- aa) Die VSt hat die Angabe der ASt, sie wolle die Teilleistung „Grundwasserabsenkung“ durch Nachunternehmer ausführen lassen, dahin gewertet, dass der ASt für die Ausführung des Hauptangebotes zu Los 3 die Fachkunde fehle. Denn sie verstand die entsprechende Eintragung in der Bietererklärung dahin, dass alle wesentlichen Leistungen des Loses durch Nachunternehmer vorgenommen werden sollten. Diese Auslegung der von der ASt gemachten Angabe ist nicht zu beanstanden. Zwar hat die ASt den Begriff „Grundwasserabsenkung“ statt der in der Benennung des Loses verwandten Bezeichnung der „Grundwasserhaltung“ verwendet. Die schriftsätzlich vorgenommene Auslegung der ASt, mit der Teilleistung Grundwasserabsenkung werde lediglich auf Teilleistungen des Titels Brunnenbau abgestellt, überzeugt jedoch nicht. Vielmehr wird der Begriff „Grundwasserabsenkung“ an verschiedenen Stellen des Leistungsverzeichnisses (z. B. S. 10, 1. Abs., S. 23) in dem Sinne gebraucht, den ihm die VSt auch bei der Bewertung der Bietererklärung beigelegt hat, nämlich als das Ziel bzw. Ergebnis der in Los 3 durchzuführenden Arbeiten. Die VSt durfte daher davon ausgehen, dass die ASt selbst keine wesentlichen Leistungen i. R. v. Los 3 ausführen werde. Die von der Ingenieurgesellschaft ... angestellte Erwägung, die auf Nachfrage bezüglich des Nebenangebotes genannten Einzeltitel auch hinsichtlich des Hauptangebotes zugrunde zu legen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn auch danach würden gerade diejenigen Leistungen, die den Kern des Loses 3 betreffen und hinsichtlich derer es auf die besondere Fachkunde des Ausführenden ankommt, d. h. die Titel 5.2 und 5.4, durch Nachunternehmer ausgeführt. Auch wenn es angebracht erscheint, die Wesentlichkeit selbst ausgeführter Leistungen nicht pauschal von ihrem Anteil am Wert des Loses abhängig zu machen, sondern insoweit maßgeblich auf die technische Bedeutung der Leistungen für das Erreichen des mit der Ausschreibung verfolgten Zwecks abzustellen, für die deren Wertanteil lediglich ein Indiz ist, so ist die von der VSt vorgenommene Einschätzung daher nicht zu beanstanden.
- bb) Der ASt ist auch nicht darin zu folgen, dass das Los 3 keine hinreichende Bezugsgröße für die Beurteilung der Wesentlichkeit der Leistungen bilde, die die ASt selbst auszuführen beabsichtige, sondern dass die Lose 2 und 3 zusammen betrachtet werden müssten. Sie begründet dies damit, durch die von ihr im Nebenangebot zu Los 3 formulierte Bedingung, das Nebenangebot solle nur bei gemeinsamer Vergabe

mit Los 2 gelten, werde ein entsprechender Konnex hergestellt, der eine isolierte Betrachtung des Loses 3 verbiete. Für das Hauptangebot zu Los 3 greift diese Argumentation jedoch schon deshalb nicht, weil die ASt es nicht unter eine solche Bedingung gestellt hat. Im übrigen verbietet sich eine solche Betrachtungsweise hier auch deshalb, weil es dem Bieter ansonsten durch die Formulierung entsprechender Bedingungen möglich wäre, die je nach Los vorzunehmende Beurteilung der Eignung des Bieters zu unterlaufen, die die notwendige Folge der Bildung von Fachlosen ist. Insbesondere Großunternehmen wären somit in der Lage, durch die Zusammenfassung von Losen ihre mangelnde Fachkunde in einem Fachlos zu lasten von in diesem Bereich besonders spezialisierten mittelständischen Unternehmen zu überspielen. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass der Zuschnitt der Lose durch die VSt in einer Weise sachwidrig vorgenommen worden wäre, die eine Ausnahme von einer nach Losen getrennten Betrachtung rechtfertigen könnte.

- cc) Schließlich zwingt auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (vgl. EuGH Rs 389/92, Slg. 1994, 1289 ff. „Ballast Nedam Groep I“; Rs C 5/97, WuW/E Verg 28 „Ballast Nedam Groep II“ und Rs C 176/98, NZBau 2000, 149 „Holst Italia SpA ./ Commune di Cagliari“) nach Auffassung der Vergabekammer nicht dazu, im vorliegenden Falle für die Beurteilung der Fachkunde außer acht zu lassen, dass die ASt keine für das Los wesentlichen Leistungen selbst erbringen würde. Die beiden erstgenannten Judikate des EuGH befassen sich mit der Möglichkeit des Bieters, zum Nachweis seiner Eignung auf Tochtergesellschaften zurückzugreifen. Die Holst-Entscheidung, die die Dienstleistungsrichtlinie betraf, geht insofern darüber hinaus, als in dem ihr zugrunde liegenden Sachverhalt kein Konzernverhältnis zwischen dem Bieter und demjenigen Unternehmen bestand, auf das er zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit verwiesen hatte. Der EuGH stellt in seiner Entscheidung klar, dass ein Dienstleistungserbringer sich auf die Leistungsfähigkeit Dritter berufen kann, zu denen er unmittelbare oder mittelbare Verbindungen unterhält, gleich welcher Rechtsnatur diese auch sein mögen. Diese Rechtsprechung mag gewisse Zweifel daran begründen, ob in Verfahren oberhalb der Schwellenwerte die von der h.M. in Deutschland aus § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A und 4 Nr. 8 Abs. 1 S. 1 VOB/B hergeleitete Selbstausführungspflicht ohne weiteres gilt (vgl. OLG Frankfurt/M. NZBau 2001, 101/105 einerseits und Brinker/Ohler in Motzke/Pietzcker/Prieß,

Beck'scher VOB-Kommentar, § 25 VOB/A Rz. 50 andererseits). Für das vorliegende Verfahren braucht hierauf jedoch nicht näher eingegangen zu werden, weil der EuGH in den genannten Entscheidungen zugleich betont hat, dass der Bieter den Nachweis dafür zu erbringen hat, dass er tatsächlich über die Mittel des anderen Unternehmens verfügt, dessen er zur Ausführung des Auftrags bedarf (vgl. dazu auch OLG Düsseldorf Beschl. v. 5. Juli 2000, Verg. 5/99, NZBau 2001, 106/110 und Beschl. v. 16. Mai 2001, Verg 10/00, S. 11). Im vorliegenden Fall hat die ASt lediglich angegeben, die Grundwasserabsenkung durch den Nachunternehmer „...“ ausführen lassen zu wollen. Sie hat sich damit die Möglichkeit offen gehalten, statt des genannten ein anderes Unternehmen als Nachunternehmer einzusetzen. Damit lag bereits keine verlässliche Basis für die Prüfung der Eignung des Nachunternehmers vor. Angaben darüber, dass und aufgrund welcher Umstände die ASt über die Mittel des genannten oder eines anderen Nachunternehmers werde verfügen können, fehlten darüber hinaus völlig. Auch unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung ist daher die von der VSt vorgenommene Beurteilung der Fachkunde nicht zu beanstanden.

Soweit Art. 1 Buchst. a der Baukoordinierungsrichtlinie auch die „Erbringung einer Bauleistung durch Dritte“ unter den Begriff des Bauauftrages fasst, stellt dies das o. g. Ergebnis ebenfalls nicht in Frage, denn diese Bestimmung zielt lediglich darauf ab, einer möglichen Regelungslücke vorzubeugen und zugleich für derartige vertragliche Gestaltungen Abgrenzungsschwierigkeiten zur Dienstleistungsrichtlinie zu beseitigen.

Die Verneinung der Fachkunde hinsichtlich des Nebenangebotes ist aus den gleichen Gründen wie beim Hauptangebot gerechtfertigt. Ein Zuschlag auf das Nebenangebot kommt überdies auch deshalb nicht in Betracht, weil nach der hier bestätigten Entscheidung der VSt ein anderer Bieter den Zuschlag für Los 2 erhalten soll und die von der ASt aufgestellte Bedingung für ihr Nebenangebot – gleichzeitige Erteilung des Auftrags für Los 2 an die ASt – somit nicht erfüllt ist. Ob die von der Ingenieurgesellschaft ... genannten und seitens der Beigeladenen zu 2) unterstrichenen technischen Bedenken hinsichtlich des Nebenangebotes berechtigt sind, bedarf daher keiner weiteren Prüfung.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3, Abs. 4 S. 2 GWB.

Die Beigeladenen haben die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags beantragt und durch ihren Vortrag das Verfahren wesentlich befördert. Deshalb entspricht es der Billigkeit, der unterliegenden ASt auch die zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen (§ 162 Abs. 3 VwGO in entsprechender Anwendung; vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.07.2000, Verg 2/99; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 14.08.2000, VK 2 – 18/00).

In Anbetracht der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage war die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen zu 2) notwendig.

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 Beschwerdebeurteilung 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 bei einem deutschen Gericht zugelassenen 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.

Burchardi

Wintjen

Bangard