

**VK 1 - 10/06**

16. März 2006

**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

...

wegen der Baumaßnahme "Flugplatz ... – Sanierung Start- und Landebahn, Bau von Flugbetriebsflächen" (Parallelausschreibung mit den Vergabenummern A und B) hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Seifert, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Korthals und den ehrenamtlichen Beisitzer Folgmann auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 2006 am selben Tag beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens die Baumaßnahme "Flugplatz ... – Sanierung Start- und Landebahn, Bau von Flugbetriebsflächen" aus. Hierzu erfolgte eine zeitgleiche Parallelausschreibung mit den Vergabenummern A und B. Die Parallelausschreibung erfolgte, um aus zwei nach Auffassung der Ag technologisch gleichwertigen Ausführungsvarianten, die wirtschaftlichere Variante auszuwählen. Den Bietern war freigestellt, an beiden oder nur an einer der beiden Ausschreibungen teilzunehmen.

An die aus dem Teilnahmewettbewerb hervorgegangenen Bietern, darunter auch die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg), wurden in dem Formschreiben „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ (EVM (B) A EG 211EG) als Wertungskriterien „Preis“, „Ausführungsfrist“ und zusätzlich „Technologie / Bauablauf“ genannt.

Des weiteren enthält das Leistungsverzeichnis (LV) in den Vorbemerkungen (dort Ziff. 3.2) Vorgaben zum Bauablauf. Hintergrund dieser Vorgaben ist es, den Flugbetrieb zum einen weitgehend aufrecht zu erhalten sowie zum anderen eine Fertigstellung der Baumaßnahme bis zum 31. Oktober 2006 zu erreichen. Dementsprechend werden für die Durchführung der Maßnahme nächtliche

Zeitfenster festgelegt, wonach von März bis April in der Zeit von 22 Uhr bis 6 Uhr und von Mai bis Oktober in der Zeit von 21 Uhr bis 6 Uhr gebaut werden darf. Von Mai bis Oktober darf darüber hinaus auch an den Wochenenden von Freitag 22 Uhr bis Sonntag 10 Uhr gebaut werden. Eine Abweichung von diesen vorgegebenen Zeitparametern ist nicht möglich. Ferner ist in der Vorbemerkung zum LV (ebenfalls Ziff. 3.2) festgelegt:

*„Die maximale Bauzeit ist definiert vom 1. März bis 31. Oktober 2006.“*

Die ASt und die Bg beteiligten sich mit einem Angebot an der Parallelausschreibung und gaben zu beiden Ausführungsvarianten jeweils ein Angebot ab. Die von ASt und Bg abgegebenen Angebote waren auch die preisgünstigsten. Dabei lag das Angebot der ASt zur Variante B preislich an erster Stelle, gefolgt vom Angebot der Bg zur Variante A. Die preisliche Differenz beider Angebote lag bei 0,05% bezogen auf den Gesamtauftragswert. Den vorgenannten Angeboten der ASt und der Bg waren die gemäß den Verdingungsunterlagen (VU) geforderten Erklärungen zum Einsatz von Nachunternehmern vollständig beigefügt. Unter anderem bezogen sich die Nachunternehmerbenennungen bei der ASt und der Bg auf das Aufbringen eines sog. Antiskidbelages. Inhaltlich unterschieden sich das Angebot der ASt und der Bg vor allem in der Ausführungszeit, die bei der Bg deutlich kürzer ausfiel. Allerdings endet auch die Ausführungszeit der ASt einen Monat vor dem 31. Oktober 2006. In Bezug auf die Teilleistung „Aufbringen des Antiskidbelags“ teilte der von der ASt hierfür vorgesehene Nachunternehmer – die Fa. P – der ASt am 17. Januar 2006 schriftlich mit, dass aufgrund von anderen bereits fest terminierten „Antiskid-Bauvorhaben“ eine Ausführung für die ASt nur im September 2006 erfolgen könne.

Im Verlauf der anschließenden Angebotswertung ersuchte die Ag die ASt um Aufklärung zu auffällig niedrigen Einheitspreisen zu den Positionen 3.0.6. und 3.0.7. Da es sich hier um Nachunternehmerleistungen handelte, forderte die ASt die Kalkulation ihres Nachunternehmers an und leitete diese an die Ag weiter. Der Nachunternehmer erklärte, für diese Leistungen seien die Fixkosten wie AfA, kalkulatorischen Verschleiß und die Verwaltungskosten in den Hauptpositionen seines Angebots enthalten. Gleiches gelte auch für die variablen Kosten wie Baustelleneinrichtung und die veranschlagten Personalkosten. In den auffälligen Positionen seien nur noch die Kosten für den Verschleiß von Meißeln und für den Treibstoff enthalten.

Mit der ASt und der Bg wurden Aufklärungsgespräche geführt. Im Rahmen des Aufklärungsgesprächs mit der Bg bat die Ag um eine nachträgliche schriftliche Erklärung zur rechtzeitigen

Erbringung der Teilleistung „Antiskidbelag“. Die Bg sicherte darauf hin mit Schreiben vom 1. Februar 2006 zu, dass die Leistung wie im Bauzeitenplan vorgesehen fertig gestellt werde. Außerdem erkundigte sich die Ag im Aufklärungsgespräch danach, ob und in welchem Zeitfenster des eingereichten Bauablaufplans die Aufbringung des „Antiskidbelags“ berücksichtigt sei. Die Bg erklärte hierzu, diese Leistung sei Bestandteil der im Bauablaufplan enthaltenen Deckenherstellung.

Zur Ermittlung des wirtschaftlichen Angebots hatte die Ag eine Wertungsmatrix erstellt, in der sie die zu beiden Ausführungsvarianten eingereichten Angebote aller Bieter hinsichtlich Preis, Ausführungsfrist und Technologie/Bauablauf miteinander verglich. Die Wertungsmatrix sah eine Gewichtung der drei Zuschlagskriterien Preis, Ausführungsfrist und Technologie/Bauablauf mit 65%, 25% und 10% vor. Den Prozentzahlen wurden jeweils erreichbare Maximalpunktzahlen zugeordnet und zwar 50 Punkte für den Preis, 20 Punkte für die Ausführungsfrist und 10 Punkte für Technologie/Bauablauf. Das preislich günstigste Angebot der ASt wurde mit insgesamt 73 Punkten bewertet, und zwar beim Preis mit 50 Punkten, bei der Ausführungsfrist mit 17 Punkten und bei Technologie/Bauablauf mit 6 Punkten. Das preislich günstigste Angebot der Bg wurde mit insgesamt 79 Punkten bewertet, und zwar beim Preis mit 49 Punkten, bei der Ausführungsfrist mit 20 Punkten und bei Technologie/Bauablauf mit 10 Punkten. Im Ergebnis wurde somit das Angebot der Bg zur Ausführungsvariante A vor allem aufgrund der kürzeren Ausführungsfrist und eines besseren Bauablaufs für den Zuschlag ausgewählt. Der Vergabevermerk stellt hierzu fest, dass der geringe Preisvorteil des Angebots der ASt die „technologischen Vorteile“ des Angebots der Bg nicht aufwiegen könne.

Die Ag informierte die ASt mit Schreiben vom 6. Februar 2006, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Das Angebot der ASt habe gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A nicht berücksichtigt werden können, da es sich nicht um das wirtschaftlichste Hauptangebot handle. Die Wirtschaftlichkeit der Angebote sei gemäß Ausschreibungsunterlagen anhand der benannten Wertungskriterien Preis, Ausführungsfrist und Technologie/Bauablauf bewertet worden.

Die ASt rügte daraufhin mit Schreiben vom 8. Februar 2006 die beabsichtigte Vergabeentscheidung. Die Ag half der Rüge nicht ab.

Mit Schreiben vom 17. Februar 2006 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat die Zustellung des Nachprüfungsantrages an die Ag am 20. Februar 2006 veranlasst.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend, dass die Bg aus mehreren Gründen vom Vergabeverfahren auszuschließen sei. Zum einen halte sie zwingende Vorgaben des LV nicht ein, indem sie in unzulässiger Weise von für die Baumaßnahme vorgegebenen Zeitfenstern abweiche. Die Ausführung der Leistung durch die Bg solle in der Zeit von Mai – August 2006 erfolgen, so dass sich bereits hieraus eine Abweichung von den zwingend vorgegebenen Zeitfenstern ergebe. Die knapp bemessene Bauzeit der Bg habe ferner auch Auswirkungen auf den Bauablauf, da es hierdurch an den erforderlichen Leistungsreserven fehle, was sich insbesondere bei witterungsbedingten Störungen des Bauablaufs auswirken könne.

Zum anderen könne der laut LV vorgegebene „Antiskidbelag“ nur durch die Fa. P GmbH aufgebracht werden, dieses Unternehmen sei aber als Nachunternehmer an die ASt vertraglich gebunden und stehe der Bg daher nicht zur Verfügung. Zudem könne die Fa. P - so deren schriftliche Aussage gegenüber der ASt - den Belag nicht vor dem 1. September 2006 aufbringen, so dass die Bg selbst bei einer Vereinbarung mit diesem Unternehmen den Belag jedenfalls nicht früher als die ASt aufbringen könne. Dementsprechend könne die Bg die gesamte Bauleistung nicht zeitlich früher als die ASt fertig stellen. Möglicherweise habe die Bg im Rahmen des mit Angebotsabgabe einzureichenden Bauablaufplanes die Aufbringung des Antiskidbelages gar nicht berücksichtigt und sei bereits aus diesem Grund auszuschließen. Auch die Vollständigkeit der Nachunternehmererklärung der Bg werde bezweifelt. Außerdem ergebe sich aus dem Protokoll des Bietergesprächs mit der Bg, dass der mit dem Angebot eingereichte Bauablaufplan der Bg das Aufbringen des „Antiskidbelags“ nicht berücksichtige, weshalb das Angebot der Bg auszuschließen sei. Des Weiteren habe die Vergabekammer von Amts wegen zu prüfen, ob die Bg den „richtigen“ Preis für die Aufbringung des Antiskidbelags in ihr Angebot eingesetzt habe oder ob diesbezüglich eine unzulässige Mischkalkulation vorliege. Im Anschluss an die mündliche Verhandlung und nach Entscheidung der Vergabekammer legte die ASt mit Schriftsatz vom 17. März 2006 ein Schreiben der Fa. P vor, wonach diese gegenüber dem Verfahrensbevollmächtigten der ASt versichert, dass sie keinem Mitbewerber einen früheren Ausführungstermin als den 1. September 2006 in Aussicht gestellt habe.

Die ASt macht weiterhin geltend, dass die beiden Ausführungsvarianten der Parallelausschreibung im Rahmen der Wertung nicht vermischt werden dürften. Die von der Bg angebotene Variante, auf die der Zuschlag erfolgen solle, weise nämlich erhebliche Probleme hinsichtlich der Technologie auf. Diese Variante sei nur unter erheblichen technischen Schwierigkeiten umzusetzen, insbesondere seien Nachtragsforderungen der Bg erwarten. Dieser Umstand hätte bei der Angebotsbewertung durch eine geringere Bepunktung berücksichtigt werden müssen.

Eine vergaberechtswidrige Mischkalkulation ihres Angebots, wie sie von der Ag geltend gemacht wird, weist die ASt zurück. Die ASt habe die betreffenden Positionen nachvollziehbar angeboten und erläutert. Hier stünden gerade nicht „aufgepreiste“ Positionen entsprechend „abgepreisten“ gegenüber. Zudem führe auch die Vergabestelle in ihrem Vergabevorschlag aus, dass „eine spekulative Preisgestaltung nicht erkennbar war“.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, den Zuschlag an die Bg zu erteilen;
2. der Ag aufzugeben, die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und den Zuschlag auf das Angebot der ASt zu erteilen;
3. der ASt gemäß § 111 GWB Akteneinsicht zu gewähren;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt für notwendig zu erklären.

Die Ag beantragt,

1. die Anträge der ASt kostenpflichtig zurückzuweisen;
2. festzustellen, dass der Nachprüfungsantrag der ASt unzulässig ist;
3. hilfsweise festzustellen, dass der Nachprüfungsantrag der ASt unbegründet ist.

Zur geltend gemachten Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags trägt die Ag vor, die Ag habe im Rahmen der Prüfung der Rüge der ASt durch die fachaufsichtsführende Ebene festgestellt, dass die im Angebot der ASt geforderten Preise für die Positionen 3.0.6 und 3.0.7 exorbitant niedrig seien und nicht den tatsächlichen Preisen entsprechen könnten. Dies werde durch die schriftliche

Erläuterung der Kalkulation des für diese Positionen vorgesehenen Nachunternehmers belegt. Das Angebot der ASt sei somit zwingend auszuschließen, da es den in der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Preis nicht mit dem Betrag angebe, der für die betreffende Leistung tatsächlich beansprucht werde.

Des weiteren sei der Nachprüfungsantrag aber auch unbegründet, da die Wertung der Angebote vergaberechtskonform erfolgt sei. Aufgrund des nur marginalen Preisunterschiedes zwischen dem preisgünstigsten Angebot der ASt und dem preisgünstigsten Angebot der Bg sei es nachvollziehbar, dass bereits geringe Unterschiede bei den anderen Kriterien den Ausschlag für die Ermittlung des wirtschaftlichen Angebots geben. Insoweit weise das Angebot der Bg insbesondere bei der Bauzeit deutliche Vorteile auf. Im übrigen sei auch die für das Aufbringen des sog. Antiskidbelags erfolgte Nachunternehmerbenennung der Bg ordnungsgemäß mit dem Angebot erfolgt. Eine vergaberechtswidrige Vermischung der beiden Ausführungsvarianten im Rahmen der Angebotswertung sei nicht erfolgt. Sinn und Zweck der Parallelausschreibung sei es gerade gewesen, aus zwei technologisch gleichwertigen Varianten das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen

Die Bg ist mit Beschluss vom 3. März 2006 zu dem Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg beantragt,

1. die Anträge der ASt zurückzuweisen;
2. der Bg den Zuschlag zu erteilen;
3. ihr Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

Die Bg beruft sich auf die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags wegen unzutreffender Preisangaben in den Positionen 3.0.6 und 3.0.7 sowie einer unzulässigen Mischkalkulation bezüglich dieser Positionen. Im übrigen sei die Wertung seitens der Ag vergaberechtskonform durchgeführt worden. Insbesondere in Bezug auf das Wertungskriterium Technologie/Bauablauf lägen Bewertungsfehler der Ag nicht vor. Die Bg habe nämlich das von ihr zur Variante A angebotene System bereits bei der Sanierung der Start- und Landebahn Nord des Flughafens ... erfolgreich umgesetzt. Im Hinblick auf die Anforderungen an die Nachunternehmerbenennung sei das Angebot der Bg vollständig und ordnungsgemäß.

Die Kammer hat der ASt und der Bg antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der Verhandlung vom 16. März 2006 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre jeweiligen Standpunkte vorzutragen und mit der Kammer zu erörtern. Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf die eingereichten Schriftsätze, die Verfahrensakte sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Kammer vorgelegen haben, ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag der ASt ist zurückzuweisen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Die ASt hat die von ihr geltend gemachten Vergabeverstöße rechtzeitig gerügt (§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB) und dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften ein Schaden droht (§ 107 Abs. 2 GWB).
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Es kann es dahingestellt bleiben, ob der Nachprüfungsantrag bereits deshalb unbegründet ist, weil das Angebot der ASt wegen einer vergaberechtlich unzulässigen Mischkalkulation (siehe hierzu grundlegend BGH, Beschl. v. 18.5.2004 X ZB 7/04) zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen ist. Der Nachprüfungsantrag der ASt ist jedenfalls aus anderen Gründen unbegründet.

Das Angebot der Bg erfüllt weder die von der ASt geltend gemachten Ausschlussgründe noch ist es aus den übrigen von der ASt geltend gemachten Gründen gegenüber deren Angebot nachrangig zu bewerten.

- a) Ein Ausschluss der Bg wegen Benennung eines nicht leistungsfähigen Nachunternehmers (s. hierzu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.5.2004, Verg 10/04) kommt hier nicht in Betracht. Die seitens der Bg erfolgte Benennung der Nachunternehmer ist ordnungsgemäß erfolgt. Für die einzusetzenden Nachunternehmer wurden sämtliche mit den VU geforderten Erklärungen (Tariftreueerklärung – Formblatt EVM ErgAngTarif NU 251.2 und Verzeichnis der NU-

Leistungen – Formblatt EFB-NU 317b) mit dem Angebot eingereicht. Die Erklärungen waren - soweit erforderlich - auch durch den betreffenden Nachunternehmer unterzeichnet. Zusätzlich hat sich die Ag in Bezug auf die hier streitgegenständliche Nachunternehmerleistung „Aufbringen des Antiskidbelags“ im Nachgang zu dem mit der Bg geführten Bietergespräch von dieser schriftlich versichern lassen, dass diese Leistung zu dem laut Angebot vorgesehenen Zeitpunkt erfolgen würde. Es bestanden somit für die Ag keinerlei Anhaltspunkte, an der Leistungsfähigkeit der Bg zu zweifeln und diesbezüglich weitere Aufklärung zu betreiben. Insbesondere bestand keine Verpflichtung der Ag, eine Erklärung des Nachunternehmers über die Rechtzeitigkeit seiner Leistungserbringung einzuholen. Insoweit verfügt der öffentliche Auftraggeber über ein Ermessen, wie und in welchem Umfang er sich vergewissert, dass ein Bieter seine Leistung erbringen wird. Dieses Ermessen hat die Ag im vorliegenden Fall durch Einholung einer zusätzlichen Bietererklärung ordnungsgemäß ausgeübt. Eine weitergehend Aufklärungspflicht der Ag lässt sich auch nicht aus dem Umstand ableiten, dass der Nachunternehmer der ASt – die Fa. P – gegenüber der ASt schriftlich erklärt hat, seine Leistung nicht vor dem 1. September 2006 erbringen zu können. Diese Erklärung, die ohnehin nur Relevanz haben kann, wenn die Bg die Fa. P als Nachunternehmer benannt hat, bezieht sich lediglich auf das Verhältnis zur ASt und trifft keine Aussage über die Leistungsfähigkeit der Fa. P im Verhältnis zur Bg.

Soweit die ASt, der der Name des von der Bg benannten Nachunternehmers zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Bg nicht bekannt gegeben wurde, mit Schriftsatz vom 17. März 2006 durch entsprechende Erklärung ihres Nachunternehmers (Anlage ASt 5 des Schriftsatzes) mitgeteilt hat, der von ihr benannte Nachunternehmer stehe auch den Mitbewerbern des Vergabeverfahrens nicht vor dem 1. September 2006 zur Verfügung, ist dieser Umstand unbeachtlich. Denn selbst bei unterstellter Identität der Nachunternehmer von Bg und ASt muss dieser Vortrag schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil er erst nach der mündlichen Verhandlung und nach Entscheidung der Vergabekammer erfolgt ist. Ein erst zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens erfolgter Vortrag stellt einen Verstoß gegen die Verfahrensförderungspflicht des § 113 Abs. 2 Satz 1 GWB dar, da die ASt nicht gehindert gewesen wäre, das mit ihrem Schriftsatz vom 17. März 2006 überreichte Schreiben der Fa. P bereits zu einem früheren Zeitpunkt - und nicht erst nach der mündlichen Verhandlung - einzuholen und in das Nachprüfungsverfahren einzubringen. Ein solches Vorbringen muss da-

her bei der Entscheidungsfindung unberücksichtigt bleiben (siehe hierzu auch Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.2003, Verg 22/03).

- b) Die Bg ist auch nicht auszuschließen, weil sie die Forderung auf Seite 17 der Vorbemerkung zum LV (dort Ziff. 3.2.4), wonach im Bauzeitenplan die Leistungen von Nachunternehmern extra hervorzuheben und zeitlich zu bestimmen sind, nicht eingehalten hat. Diese Forderung des LV betrifft einen Bauzeitenplan, der vor Aufnahme der Arbeiten (und nicht bereits mit Angebotsabgabe) vorzulegen ist; die Nichtvorlage durch die Bg ist somit unbeachtlich. Im übrigen hat auch die ASt in ihrem Angebot diese Benennung nicht in dem geforderten Umfang vorgenommen.
  
- c) Die Bg ist auch nicht wegen einer Änderung der VU vom Vergabeverfahren auszuschließen, weil sie durch die Leistungsbeschreibung vorgegebenen Zeitfenster nicht einhält.
  - aa) Soweit die ASt meint, bei der in den VU genannten Ausführungsfrist handele es sich um einen für die Ausführung der Baumaßnahme festen Anfangs- und Endzeitpunkt, kann dem nicht gefolgt werden. Die dort angegebene Ausführungsfrist bildet vielmehr einen maximalen Zeitrahmen, in dem die Baumaßnahme abzuschließen ist; eine kürzere Bauzeit ist somit möglich und sogar erwünscht, solange sie sich innerhalb des Zeitrahmens befindet. Hierfür sprechen zum einen die VU, die den Begriff „maximale Bauzeit“ (siehe Vorbemerkung zum LV, dort Ziff. 3.2.1) verwenden, also schon rein begrifflich lediglich von einem Zeitrahmen (und nicht von festen Zeitpunkten) ausgehen. Zum anderen spricht hierfür aber auch die Angabe der Ausführungsfrist als Wertungskriterium für die Erteilung des Zuschlags. Die Angabe dieses Wertungskriteriums wäre sinnwidrig, wenn für die Durchführung der Baumaßnahme ein bestimmter Anfangs- und Endzeitpunkt einzuhalten wären. Auch die übrigen VU enthalten keinerlei Hinweis darauf, dass eine Bauzeitverkürzung unerwünscht sein könnte. Vielmehr kommt es der Ag ausweislich der VU auf eine möglichst geringe Beeinträchtigung des Flugbetriebs an (siehe Vorbemerkung zum LV, dort Ziff. 3.2. und 3.2.1), die gerade bei (innerhalb des Zeitrahmens) verkürzter Bauzeit in besonderem Maße erreicht wird.

Im übrigen vermag die Berufung der ASt auf einen festen Anfangs- und Endzeitpunkt für die Durchführung der Maßnahme ohnehin keine Verletzung von Rechten der ASt zu

begründen, weil auch das Angebot der ASt aufgrund der von ihr angebotenen früheren Fertigstellung der Maßnahme zumindest den Endzeitpunkt nicht einhält. Dementsprechend wäre das Angebot der ASt aus dem selben Grund wie das Angebot der Bg auszuschließen und die ASt könnte sich aufgrund dieses Ausschlusses nicht auf eine Verletzung ihrer Rechte berufen (so OLG Jena, Beschl. v. 20.6.2005, 9 Verg 3/05; OLG Naumburg, Beschl. v. 26.10.2005, 1 Verg 12/05; aA – für den Ausnahmefall, dass alle anderen abgegebenen Angebote aus dem selben Grund auszuschließen wären - OLG Düsseldorf, s. u.a. Beschl. v. 15.12.2004, Verg 47/04).

- bb) Die Bg hält auch die übrigen von den VU vorgegebenen Zeitparameter ein. Ausweislich des von der Bg abgegebenen Angebots, zu dem auch ein Bauablaufplan gehört, werden von der Bg die durch die VU vorgegebenen Zeitfenster (siehe hierzu die Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung, dort Ziff. 3.2.1.) eingehalten. Zudem berücksichtigt das Angebot der Bg auch die von der VU geforderten „Zeitpuffer“ für witterungsbedingte Bauverzögerungen und -unterbrechungen (siehe hierzu die Vorbemerkungen zum LV, dort Ziff. 3.2.2.). Auch im Hinblick auf das Aufbringen des „Antiskidbelags“ ist der Bauablaufplan, anders als die ASt aufgrund des Protokolls des Bietergesprächs mit der Bg annimmt, vollständig. Die diesbezügliche Aufklärung im Rahmen des Bietergesprächs diente lediglich der Klarstellung bereits mit dem Bauzeitenplan gemachter Angaben und nicht der Ergänzung des Bauzeitenplans.
- d) Es bestehen auch keine Anhaltspunkte für einen zwingenden Ausschluss des Angebots der Bg wegen einer unzulässigen Mischkalkulation, weil die Bg möglicherweise nicht den „richtigen“ Preis für die Aufbringung des Antiskidbelags in ihr Angebot eingesetzt hat. Die Ag hatte keinerlei Anlass, das Angebot der Bg insoweit einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen. Die Preisangaben der Bg hinsichtlich dieser Leistung sind vollständig. Des weiteren hat die Bg in ihrem Angebotsanschreiben ihre Kalkulation erklärt. Demnach findet eine Verlagerung auf andere Kostenpositionen nicht statt, sondern es wird der von der Bg für diese Leistung kalkulierte Preis verlangt.
- e) Auch gegen die von der Ag vorgenommene Angebotswertung bestehen keine Bedenken.

- aa) Soweit die ASt die fehlerhafte Bewertung des Angebots der Bg in Bezug auf das Kriterium Bauablauf/Technologie geltend macht und ausführt, die Bg könne dieses Kriterium schon deshalb nicht erfüllen, weil die von ihr angebotene Bauzeit nur ohne witterungsbedingte Beeinträchtigungen einzuhalten sei, vermag die Vergabekammer dem nicht zu folgen. Das Angebot der Bg enthält insbesondere für witterungsbedingte Bauzeitverzögerungen ausreichende Zeitpuffer (s. hierzu auch oben II. 2. c) bb)).
- bb) Auch der weitere Einwand der ASt in bezug auf die Anwendung des Wertungskriteriums Bauablauf/Technologie vermag keinen Vergaberechtsverstoß zu begründen. Die ASt macht insoweit geltend, dass die beiden Ausführungsvarianten der Parallelauschreibung im Rahmen der Wertung nicht vermischt werden dürften, denn die Ausführungsvariante A, auf die der Bg der Zuschlag erteilt werden solle, beinhalte erheblich größere technische Umsetzungsschwierigkeiten und damit auch das Risiko erheblich höherer Nachtragsforderungen. Dies sei bei der Ausführungsvariante B, für die die ASt ihr günstigstes Angebot abgegeben habe, nicht der Fall.

Diese Annahme der ASt ist jedoch unzutreffend, denn die Frage der technologischen Gleichwertigkeit beider Ausführungsvarianten wurde seitens der Ag im Vorfeld der Ausschreibung bejaht und auch bei der späteren Angebotsbewertung beurteilungsfehlerfrei zugrunde gelegt. Dabei ist die Ag im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums zu dem Ergebnis gelangt, dass beide Ausführungsvarianten technologisch gleichwertig sind. Für die Vergabekammer ist insoweit nicht ersichtlich, dass diese Beurteilung der Ag auf sachwidrigen Erwägungen, einem unzutreffenden Sachverhalt oder Willkür basiert.

Soweit die ASt meint, dass für den Zuschlag vorgesehene Angebot der Bg der Ausführungsvariante A sei im Rahmen des Wertungskriteriums Technologie/Bauablauf geringer zu bepunkten, weil es gerade bei dieser Ausführungsvariante zu Nachtragsforderungen kommen könne, vermag auch dies einen Vergabeverstoß nicht zu begründen. Die ASt behauptet, ein Risiko von Nachtragsforderungen müsse sich bei der von der Ag für den Zuschlag ausgewählten Ausführungsvariante der Bg zwangsläufig daraus ergeben, dass die vorhandene Betonschicht sauber von der darunter befindlichen „sog. HGT“ zu trennen sei. Dabei verkennt die ASt jedoch, dass die Bg diese Bauverfahren,

wie von der Bg vorgetragen und seitens der ASt nicht bestritten, bereits erfolgreich bei der Sanierung der Start- und Landebahn Nord des Flughafens ... durchgeführt hat, folglich also über Erfahrungen und Kenntnisse gerade hinsichtlich Technologie und Bauablauf dieser Ausführungsvariante verfügt. Es liegt somit kein Beurteilungsfehler der Ag vor, wenn diese im Rahmen ihrer Angebotswertung bei der Bg für die Ausführungsvariante A (günstigstes Angebot der Bg) die Höchstpunktzahl von 10 Punkten vergibt.

### **III.**

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

Es entspricht der Billigkeit, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen (§ 154 Abs. 3, § 162 Abs. 3 VwGO analog). Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zur Bg begründet, weil sich die ASt ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Bg gestellt hat. Die Bg hat ferner eigene Sachanträge gestellt und das Verfahren auch in sonstiger Weise wesentlich gefördert hat. Sie hat daher einen Anspruch auf Kostenerstattung (zu den Voraussetzungen einer Kostenerstattung zugunsten der Bg siehe OLG Düsseldorf, Beschl. 8.2.2006, VII-Verg 61/05).

#### 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.

Dr. Seifert

Korthals