



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 57/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe Vergabe „Flussbagger- und Uferausbauarbeiten [...]“ – Bekanntmachungs-Nr. [...] – hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Imgrund auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juni 2017 am 19. Juni 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Im Falle fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotswertung zurückzusetzen und diese unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

2. Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene als Gesamtschuldner zu zwei Drittel und die Antragstellerin zu einem Drittel. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu je einem Drittel. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen je zu einem Drittel.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im Januar 2017 die Vergabe „Flussbagger- und Uferausbauarbeiten [...]“ im offenen Verfahren EU-weit (Auftragsbekanntmachung Nr. [...]) aus.

Gemäß Ziffer II.2.10) der Bekanntmachung (und auch Ziffer 5.2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe) sind Nebenangebote zugelassen. In den Vergabeunterlagen, dort Anhang 481, wurden von der Ag Mindestanforderungen an Nebenangebote aufgestellt. Unter Ziffer 4 des Anhangs heißt es:

„Das Aufmaß und die Abrechnung müssen eindeutig durchführbar sein. Die Massen der Nebenangebote müssen direkt mit denen der Hauptangebote vergleichbar sein.“

Gemäß Ziffer 3.3 der Aufforderung zur Angebotsabgabe waren mit dem Angebot neben einem Bauzeitenplan drei Bauablaufkonzepte einzureichen, und zwar das „Bauablaufkonzept Uferzurücknahme [...]“, das „Bauablaufkonzept Bühnenfelder [...]“ und das „Bauablaufkonzept Baubegleitende Kampfmittelräumung [...]“.

Als Zuschlagskriterien sind nach den Vergabeunterlagen, dort im Formblatt 313-B („Gewichtung Zuschlagskriterien (Bauleistungen)“), folgende Kriterien mit folgenden Gewichtungen bestimmt worden: „Preis“ (75%), „Technischer Wert Bauablaufkonzepte“ (15%) und „Technischer Wert Bauzeitenplan“ (10%). Gemäß Ziffer 1.3 des Formblatts 313-B unterteilt sich das Kriterium „Technischer Wert Bauablaufkonzepte“ in die folgenden drei Unterkriterien entsprechend der Angebotsaufforderung: „Bauablaufkonzept Uferzurücknahme [...]“, „Bauablaufkonzept

Buhnenfelder [...]“ und „Bauablaufkonzept Baubegleitende Kampfmittelräumung ([...])“. Zur Bewertung der Unterkriterien ist unter Ziffer 1.5 Folgendes ausgeführt:

„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 hinaus gehende, 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.

...“

Unter Ziffer 3. („Erläuterungen zur Punktebewertung“) des Formblatts 313-B heißt es im Weiteren:

„...“

Bauablaufplan: jede Beschreibung wird gesondert gewertet.

10 Punkte alle Arbeitsschritte erkannt und beschrieben

7,5 Punkte ein Arbeitsschritt fehlt

5 Punkte zwei Arbeitsschritte fehlen

2,5 Punkte drei Arbeitsschritte fehlen

0 Punkte mehr als drei fehlen“

Zum hier genannten Begriff des „Bauablaufplans“ stellte die Ag auf eine Bieterfrage der ASt gegenüber allen Bietern klar, dass damit ein „Bauablaufkonzept“ nach Ziffer 1.3 gemeint sei.

Die den Vergabeunterlagen beigefügte „Anlage zu 3.3“ (zu Ziffer 3.3 der Angebotsaufforderung) enthält folgende „Hinweise zur Erstellung der Bauablaufkonzepte“:

„Nachfolgende Angaben werden gemäß „Angebotsaufforderung“ (Formblatt 312-B), Nr. 3.3, gefordert und nach Nr. 6 Zuschlagskriterien gemäß Anlage „Gewichtung der Zuschlagskriterien“ (Formblatt 313-B) gewertet.

Die Bauablaufkonzepte sind verbal zu erläutern und geben dem Bieter die Möglichkeit, seine Überlegungen wertungsrelevant zu formulieren.

Zur Ermittlung des technischen Wertes sind die folgenden Bauablaufkonzepte mit Ausführungsbeschreibungen zu erstellen:

- *Bauablaufkonzept der Uferzurücknahme [...]*
- *Bauablaufkonzept [...] den Kampfmittelverdachtsflächen [...]*

Dabei sind mindestens folgende Angaben zu machen:

- *Geräteeinsatz*
- *Dauer der Arbeiten*
- *Vorgesehene Arbeitsabläufe*
- *Sicherungsmaßnahmen, wenn erforderlich*
- *Eventuelle kritische Zustände*

etc.

Jedes Bauablaufkonzept ist auf einer gesonderten Anlage mit dem Angebot vorzulegen.“

Zur vom Auftragnehmer unter anderem zu erbringenden Kampfmittelräumung ist im Leistungsverzeichnis unter Ziffer 1.2. („Kampfmittelräumung“) auch die Leistungsposition 1.2.40 („Kampfmittelräumkonzept“) mit folgendem Text vorgesehen:

*„Konzept für die Durchführung der Arbeiten im Bereich der Kampfmittelverdachtsflächen in Abstimmung mit dem AG und dessen fachlichen Beteiligten aufstellen.
siehe hierzu auch BB [Baubeschreibung] Pkt 4.“*

Unter Ziffer 5.3. („Zulagen Baggerarbeiten Kampfmittelverdachtsfläche“) heißt es vorab:

*„Abtrag lagenweise in Schichtstärken nach Wahl des AN
Zwischensondierungen, Einzelpunkträumungen erfolgen nach Wahl des AN
...“*

In den nachfolgenden Leistungspositionen 5.3.10 bis 5.3.30 (Zulagenpositionen für Erschwernisse wegen Kampfmittelräumung bei den verschiedenen (Erd-)Arbeiten) ist jeweils unter anderem aufgeführt, dass das Baggern des Erdreichs bzw. Aufnehmen der Wasserbausteine unter dem Räumverfahren „Baubegleitende Kampfmittelräumung – landseitig“ nach AH-KMR TS [Arbeitshilfen Kampfmittelräumung – Technische Spezifikationen] A-9.4.3 erfolge. In Position 5.3.30 heißt es zudem unter anderem:

„Bearbeitung des Aushubs durch maschinelle Separation.“

In der Baubeschreibung unter der Ziffer 4.2.15 („Hinweise zur Kampfmittelräumung (LV Punkt 1.2 und 5.3)“) ist unter anderem Folgendes ausgeführt:

„Grundlagen der Kampfmittelräumung

Das Räumverfahren und die Ausführung der Arbeiten sind entsprechend der vorgegebenen Vorgehensweise aus den Arbeitshilfen Kampfmittelräumung (AH-KMR) auszuwählen und durchzuführen.

...

Festgelegte Räumziele:

Böschungsbereich:

Kampfmittelfreiheit mit Einschränkung, ...

Sohlbereich:

Kampfmittelfreiheit mit Einschränkungen

...

Baggermaterial:

Kampfmittelfreiheit ohne Einschränkung:

das heißt, das unterzubringende Baggermaterial ist entsprechend zu bearbeiten.

Das abzubaggernde und zu verbringende Baggermaterial wird gemäß AH-KMR A-9.4.2, Punkt 2 (Abnahme) als frei von Gefahren durch Kampfmittel abgenommen, wenn keine Fundmunitionssplitter mit Sprengstoffanhaftungen und Kantenlängen $\geq 4 \text{ cm} \times 2 \text{ cm} \times 2 \text{ cm}$ oder Kaliber größer/gleich 12,7 mm oder sprengkräftige Komponenten von Kampfmitteln wie z.B. Detonatoren, Sprengkapseln, Zündladungen etc. [vorhanden] sind.

Eine Freigabebescheinigung ist durch den AN auszustellen. Die Einhaltung der festgelegten Räumziele ist zu bestätigen.

Die Wahl der geeigneten Räumverfahren sind vom AN vorzunehmen.

Zur Erreichung der Räumziele sind durch den AN die entsprechenden Maßnahmen zu treffen.

...

Arbeitsbereiche

Grundsätzlich kann die Kampfmittelverdachtsfläche in 3 Arbeitsbereiche aufgeteilt werden. Zur Festlegung von Arbeitsbereichen ist der Wasserstand zu berücksichtigen und zu beachten

– *Abbruch und Rückbau der Wasserbausteine bzw. Flächensicherung:*

...

Hierfür gibt es kein Räumverfahren nach AH-KMR, das ganz genau passt, aber grundlegend können die Arbeiten nach AH-KMR A-9.4.3 durchgeführt werden.

- *Baggerung über Wasser:*

...

Je nach Wasserstand kann die zu bearbeitende Fläche begangen werden. Das gewählte Räumverfahren kann auf die Situation angepasst werden.

Mögliche Verfahren zur Durchführung der Kampfmittelräumung:

nach AH-KMR-9.4.6

nach AH-KMR-9.4.7: Kampfmittelräumung durch Abtrag von Boden und sonstigen Stoffen

(Volumenräumung / Separation)

- *Baggermassen unter Wasser:*

...

Mögliche Verfahren zur Kampfmittelräumung:

nach AH-KMR-9.4.3: Baubegleitende Kampfmittelräumung

nach AH-KMR-9.4.14

...“

Unter anderem die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) gaben jeweils Angebote ab. Unter den abgegebenen Hauptangeboten ist das der Bg das preislich günstigste.

Mit ihrem Angebot bietet die ASt in ihrem Kampfmittelräumkonzept ein Verfahren an, bei dem das Baggergut mithilfe einer mit einem Magnetabscheider ausgerüsteten Siebanlage separiert wird. Die ASt reichte zudem ein Nebenangebot ein. Dieses besteht aus einer Abweichung zu Position 2.1.20 des Leistungsverzeichnisses. Während die Position 2.1.20 des Leistungsverzeichnisses (im Amtsentwurf) wie folgt lautet:

„...“

Baust.einrichtung vorh. u. betreiben

Baustelleneinrichtung vorhalten, unterhalten und betreiben. Außer den vollen Monaten werden Teilzeiten nach Tagen zu 1/30 des Einheitspreises vergütet.“

und das Angebot eines Einheitspreises (pro Monat) zu einem Mengenansatz von 36 Monaten erfordert, bietet die ASt mit ihrem Nebenangebot einen Pauschalpreis für diese Leistungsposition an, mit dem sich der Gesamtangebotspreis verringern würde. Dabei führt die ASt auf der gesonderten Anlage des Nebenangebots aus:

„Bedingt durch eine intensive Ausarbeitung der vom AG zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen sehen wir uns im Stande, die Vorhaltekosten der Baustelle zu pauschalisieren.“

Unter Berücksichtigung des Nebenangebots der ASt verringert sich der Preisabstand des Angebots der ASt zu dem der Bg.

Die Bewertung der mit den Angeboten eingereichten Bauablaufkonzepte nahm die Ag jeweils anhand einer Tabelle vor, die in der linken Spalte sieben Kriterien vorsah, und zwar die Kriterien „Geräteeinsatz“, „Dauer der Arbeiten“, „Vorgesehene Arbeitsabläufe (Nachvollziehbar, Darstellung, etc...)“, „Sicherungsmaßnahmen, wenn erforderlich“, „Eventuelle kritische Zustände“, „Bauzeitliche Einschränkungen“ und „Tätigkeiten des AG“.

Mit Schreiben vom 5. Mai 2017 informierte die Ag die ASt, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Die ASt habe nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben; ihr Nebenangebot sei nicht berücksichtigt worden, weil es nicht den Anforderungen entspreche.

Mit Schreiben vom 8. Mai 2017 bat die ASt die Ag um nähere Erläuterungen zur Bewertung ihres Angebots, insbesondere dazu, warum ihr Nebenangebot nicht den Anforderungen entspreche, sowie zum sich aus der mitgeteilten Bepunktung ergebenden Punktabzug im Technischen Wert. Mit Schreiben vom 11. Mai 2017 erläuterte die Ag gegenüber der ASt, aus welchen Gründen das Nebenangebot der ASt nicht berücksichtigt worden sei und warum das Bauablaufkonzept der ASt zur Uferzurücknahme [...] mit nur 7,5 von 10 Punkten bewertet worden sei.

Mit Schreiben vom 11. Mai 2017 rügte die ASt die beabsichtigte Vergabeentscheidung. Das Angebot der Bg sei wegen Nichterfüllung der Mindestanforderungen der Vergabeunterlagen zur Kampfmittelräumung bzw. fehlerhafter Preisangabe in Position 2.1.20 des Leistungsverzeichnisses auszuschließen. Zudem müsse das Nebenangebot der ASt berücksichtigt und das Bauablaufkonzept der ASt zur Uferzurücknahme [...] mit 10 Punkten bewertet werden. Mit Schreiben vom 12. Mai 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Mit Schreiben vom 15. Mai 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am selben Tag übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt zum einen geltend, dass die Bg mit ihrem Angebot auszuschließen sei, jedenfalls aber deren Bauablaufkonzept zur Kampfmittelräumung zu hoch bewertet worden sei. Zum anderen sei das Angebot der ASt in Bezug auf das

Bauablaufkonzept Uferzurücknahme [...] von der Ag zu niedrig bewertet und das Nebenangebot der ASt zu Unrecht ausgeschlossen worden.

Das Angebot der Bg sei zum einen deshalb auszuschließen, weil sie vermutlich in der Position 2.1.20 des Leistungsverzeichnisses nicht den tatsächlich ermittelten Preis für die Baustellenvorhaltung für einen Monat eingetragen, sondern diesen Preis in Erwartung einer kürzeren Bauzeit herabgesetzt habe. Nur so lasse sich das Preisniveau des Angebots der Bg erreichen. Die Ag habe die Position auch nicht dahingehend aufgeklärt, ob es sich um den tatsächlich geforderten Preis der ASt handle, sondern nur die Auskömmlichkeit des Preises geprüft.

Zum anderen sei das Angebot der Bg auszuschließen, da es nicht die nach der Baubeschreibung geforderte Kampfmittelfreiheit gewährleisten könne. Dazu sei das von der ASt angebotene Verfahren (Siebanlage mit Magnetabscheider) zwingend erforderlich, über das die Bg jedoch nicht verfüge. Andere Räumverfahren seien nicht in der Lage, die geforderte Kampfmittelfreiheit zu erreichen. Nicht ausreichend sei, nur eine Aushubüberwachung vorzusehen; vermutlich habe die Bg aber nur eine baubegleitende Kampfmittelräumung nach AH-KMR TS A-9.4.3 angeboten und nicht wie gefordert auch eine Räumung nach AH-KMR TS A-9.4.6 bzw. A-9.4.7. Das Sicherheitsniveau, das mit den letztgenannten Verfahren erreicht werde, sei höher als das der baubegleitenden Kampfmittelräumung; zudem bestünden geringere Gefahren für Personen und Gerät während der Bauphase. Vorliegend sei im Übrigen auch eine Kampfmittelräumung nach AH-KMR TS A-9.4.6 nicht geeignet, das Räumziel Kampfmittelfreiheit ohne Einschränkung zu erreichen. Deshalb sei auch in Leistungsposition 5.3.30 ausdrücklich (und zwingend) eine „maschinelle Separation“ verlangt, welche ein Charakteristikum der Methode AH-KMR TS A-9.4.7 sei. In jedem Fall sei das Bauablaufkonzept der Bg, weil es wesentliche Anforderungen an das Räumverfahren nicht berücksichtige, mit 0 Punkten zu bewerten.

Das Nebenangebot der ASt habe die Ag zu Unrecht ausgeschlossen. Hintergrund ihres Nebenangebots sei, dass die ASt nach eingehender Prüfung der Vergabeunterlagen und auf Basis ihrer profunden Erfahrungen mit vergleichbaren Maßnahmen davon ausgehe, dass die von der Ag vorgegebene Bauzeit von 36 Monaten zu lang bemessen sei und sich bei optimaler Organisation eine kürzere Bauzeit realisieren lasse. Nach den Vergabeunterlagen seien kaufmännische Nebenangebote wie das der ASt zugelassen. Das Nebenangebot erfülle insbesondere auch die in den Vergabeunterlagen aufgestellten Mindestanforderungen.

Entgegen der Auffassung der Ag stünden die Vorgaben von Ziffer 4 des Anhangs 481 einer Berücksichtigung des Nebenangebots nicht entgegen. Die Vorgaben bezögen sich schon nicht auf zu zahlende Abschläge, sondern nur auf das Aufmaß und die Abrechnung im engeren Sinne, d.h. die Schlussrechnungslegung; der Begriff des „Aufmaßes“ sei ohnehin nicht einschlägig, da kein Aufmaß zu nehmen sei. Die Höhe der Abschlagszahlungen würde sich im Übrigen unmittelbar aus § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B in Verbindung mit der vereinbarten Bauzeit von 36 Monaten nach Ziffer 6 der BVB ergeben, so dass bei monatlichen Abschlagsrechnungen jeweils 1/36 der Pauschale abzurechnen sei.

Schließlich sei das Bauablaufkonzept der ASt zur Uferzurücknahme [...] von der Ag zu Unrecht mit nur 7,5 anstatt 10 Punkten bewertet worden. Die Behauptung der Ag, dass die ASt die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen nicht gesondert aufgeführt habe und daher nicht die volle Punktzahl erhalten könne, sei unzutreffend. Vielmehr lasse das Konzept der ASt eine sehr gute Erfüllung der Grundanforderungen erwarten. Insbesondere seien alle erforderlichen Sicherungsmaßnahmen beschrieben, soweit sie gemäß Ziffer 2.9 der Baubeschreibung erforderlich und nicht bereits eingehend im Leistungsverzeichnis beschrieben seien oder in das Kampfmittelräumungskonzept Eingang gefunden hätten. Die Bewertung der Bauablaufkonzepte müsse zudem allein anhand der Vorgaben in Ziffer 1.5 des Formblatts 313-B erfolgen. Die unter Ziffer 3 des Formblatts aufgeführten Wertungsmaßstäbe seien auf die Bewertung der Bauablaufkonzepte schon deshalb nicht anwendbar, weil dort nur von „Bauablaufplan“ die Rede sei, was eine grafische Darstellung impliziere, während die geforderten Bauablaufkonzepte textliche Darstellungen erforderten. Eine Bewertung der Bauablaufkonzepte anhand der Maßstäbe nach Ziffer 1.5 des Formblatts sei hingegen nicht erfolgt, wie sich aus der Vergabeakte ergebe. Die tatsächlich vorgenommene Bewertung entspreche darüber hinaus auch nicht den Vorgaben nach Ziffer 3 des Formblatts 313-B. Dort würde nicht nach Arbeitsschritten gewertet, sondern nach anderen Kriterien, und zwar neben den in der sog. Anlage zu 3.3 aufgelisteten Vorgaben zu Mindestinhalten der Bauablaufkonzepte („Geräteinsatz“, „Dauer der Arbeiten“, „Vorgesehene Arbeitsabläufe“ etc.) auch weitere, neue Aspekte, nämlich „Bauzeitliche Einschränkungen“ und Tätigkeiten des AG“. Insgesamt sei völlig unklar und intransparent, nach welchen Maßstäben die Bauablaufkonzepte bewertet würden und was zu einer Abwertung führe. Dies sei auch nicht nachvollziehbar in der Vergabeakte dokumentiert.

Im Zuge der intransparenten Bewertung der Bauablaufkonzepte seien auch die Qualitätsunterschiede zwischen den Konzepten der ASt und insbesondere der Bg unzulässigerweise nivelliert worden.

Die ASt beantragt zuletzt:

1. Die Ag wird verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Zustand vor Wertung der Angebote zurückzusetzen und die Wertung unter Berücksichtigung der Hinweise der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt.
3. Die Kosten des Verfahrens trägt die Ag.

Weiter beantragt die ASt,

ihr gemäß § 165 Abs. 1 GWB Einsicht in die Vergabeakte, einschließlich insbesondere den Vergabevermerk, die Dokumentation der Entscheidung der Ag, das Nebenangebot der ASt nicht zu werten, die Bewertung der vorgelegten Konzepte zum Bauablauf sowie die Ermittlung der Wertungspunkte zu gewähren.

Die Ag beantragt,

die Anträge der ASt als unbegründet zurückzuweisen und ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Nebenangebot der ASt sei zu Recht nicht gewertet worden, da es nicht die Mindestanforderungen an Nebenangebote erfüllt habe. Nach Anhang 481 sei erforderlich, dass bei Nebenangeboten das Aufmaß und die Abrechnung eindeutig durchführbar und die Massen der Nebenangebote direkt mit denen der Hauptangebote vergleichbar sein müssten. Im Falle des Nebenangebots der ASt sei die Abrechnung gerade nicht eindeutig durchführbar. Dabei sei der hier verwendete Begriff der „Abrechnung“ inhaltsgleich mit dem in § 14 VOB/B und betreffe daher insbesondere auch Abschlagsrechnungen. Ohne konkretisierende Abrechnungsvereinbarung für die angebotene Pauschale sei es keineswegs zwangsläufig, dass diese anteilig durch 36 Monate zu teilen und der entsprechende Monatsbetrag den Abschlagsrechnungen zugrunde zu legen sei. Auch in der Pauschalposition 2.1.10 (Baustelleneinrichtung) seien z.B. konkrete Voraussetzungen für die (abgestufte) Vergütung festgelegt worden; eine gleichmäßige Verteilung der Kosten sei also keineswegs zwingend.

Das Bauablaufkonzept der ASt zur Uferzurücknahme [...] sei im Einklang mit den bekanntgegebenen Anforderungen zutreffend mit 7,5 von 10 Punkten bewertet worden. Nach dem vorgegebenen Bewertungsmaßstab in Formblatt 313-B könne die volle Punktzahl nur erlangt werden, wenn alle Arbeitsschritte erkannt und beschrieben worden seien. Im vorliegenden Fall habe sich die ASt in ihrem Bauablaufkonzept zur Uferzurücknahme nicht damit auseinandergesetzt, welche Sicherungsmaßnahmen für den Radweg zur Baustelle und zum [...] hin vorgesehen seien, obwohl hierzu aufgrund des Leistungsverzeichnisses, nämlich der Vorbemerkung zu den Positionen 2.2.50ff., Veranlassung bestanden habe, wo auf die Notwendigkeit von Maßnahmen zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit während der Arbeiten zu Herstellung und Rückbau des Radwegs hingewiesen werde. Von fachkundigen Unternehmen könne erwartet werden, dass sie sich in dem Kontext „Sicherungsmaßnahmen“ Gedanken zur Arbeitssicherheit und zur Sicherheit der Umgebung machen würden. Dies führe im Fall der Verlegung und baustellenbedingten Umleitung eines Radwegs zwangsläufig dazu, dass Überlegungen zur Sicherung des Verkehrs anzustellen seien. Diese Problematik hätten andere Bieter auch erkannt. Die Prüfung und Wertung der Bauablaufkonzepte sei im Übrigen nachvollziehbar dokumentiert.

Schließlich sei auch das Angebot der Bg nicht auszuschließen gewesen. Das Angebot der Bg erfülle insbesondere in Bezug auf die Kampfmittelräumung die aus den Vergabeunterlagen resultierenden Anforderungen. Entgegen der Auffassung der ASt könne das Räumziel nicht nur mit dem von der ASt angebotenen Verfahren (Siebanlage mit Magnetabscheider) erreicht werden. Im Übrigen schulde der spätere Auftragnehmer die Einhaltung des Räumziels vertraglich; es sei Sache des Auftragnehmers, ein geeignetes Räumverfahren auszuwählen, das hinsichtlich des Baggermaterials die Anforderung „Kampfmittelfreiheit ohne Einschränkung“ erfülle. Unter Ziffer 4.2.15 der Baubeschreibung werde eindeutig darauf verwiesen, dass für die verschiedenen Arbeitsbereiche unter Berücksichtigung der AH-KMR unterschiedliche Räumverfahren zur Anwendung kommen können. Die von der ASt beschriebene Volumenräumung sei lediglich ein geeignetes Verfahren. Daher habe die Ag kein konkretes Räumverfahren vorgeschrieben und bestehe auch keine Veranlassung, das Angebot der Bg wegen Abweichung von den Vergabeunterlagen auszuschließen.

Ein Ausschluss des Angebots der Bg könne auch nicht auf ein Fehlen des geforderten Preises bei Position 2.1.20 des Leistungsverzeichnisses gestützt werden. Denn dies treffe tatsächlich nicht zu. Der Preis der Bg für diese Leistungsposition sei vielmehr von der Ag aufgeklärt

worden; die von der Bg dazu gemachten Angaben seien nachvollziehbar gewesen und hätten keine Anhaltspunkte für ein Spekulationsangebot enthalten, weshalb das Angebot insgesamt auskömmlich sei.

Mit Beschluss vom 17. Mai 2017 ist die Bg zum Verfahren 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 durch die Bg wird für notwendig erklärt.

Weiter beantragt die Bg,

ihr gemäß § 165 Abs. 1 GWB Einsicht in die Vergabeakte, insbesondere in den Vergabevermerk zu gewähren.

Die Bg ist ebenfalls der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag der ASt unbegründet sei. Das Nebenangebot der ASt sei schon deshalb nicht wertbar, da es sich um ein kaufmännisches Nebenangebot in Form eines Pauschalpreisnebenangebots handele, das nach richtiger Auffassung grundsätzlich nicht wertungsfähig sei. Es fehle an einer Gleichwertigkeit bzw. Vergleichbarkeit mit anderen Angeboten. Zudem ergebe sich auch den Mindestanforderungen für Nebenangebote im vorliegenden Fall (Anhang 481), dass nur technische Nebenangebote zugelassen seien. Denn Anhang 481 enthalte lediglich technische Mindestanforderungen. Im Übrigen fehle es – wie in Anhang 481 gefordert – an der Anforderung einer eindeutig durchführbaren Abrechnung. Entgegen des Vortrags der ASt sei § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B nicht zu entnehmen, dass die angebotene Pauschale in monatlichen Abschlagsrechnungen von jeweils 1/36 abzurechnen sei. Die Vorschrift besage nur, dass Abschlagszahlungen auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten zu wählen seien, und zwar in Höhe des Werts der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen; eine Vereinbarung über eine monatliche Zahlung eines Teilbetrags der Gesamtpauschale sei hier nicht ersichtlich. Für die Ag sei daher nicht kalkulierbar, zu welchem Zeitpunkt Abschlagszahlungen in welcher Höhe zu leisten seien.

Das technische Angebot der Bg sei mit der Leistungsbeschreibung konform und daher zu Recht nicht ausgeschlossen worden. Bei der von der Bg angebotenen Räummethode handele es sich

um ein wirksames und übliches Verfahren zur Kampfmittelräumung, das den in der Leistungsbeschreibung formulierten Anforderungen vollumfänglich gerecht werde. Letztlich komme es hierauf zum Zeitpunkt der Angebotswertung jedoch noch gar nicht an, da die Bieter im Rahmen der Angebotserstellung nicht verpflichtet gewesen seien, ein Kampfmittelräumkonzept einzureichen, sondern lediglich einen Bauablaufplan für die Kampfmittelräumung.

Soweit die ASt behaupte, dass die Bg für die Leistungsposition 2.1.20 einen Preis angeboten habe, der in Erwartung einer kürzen Bauzeit herabgesetzt sei, handele es sich um eine Mutmaßung ins Blaue hinein. Die ASt begehre damit eine unzulässige Ausforschung in Bezug auf das Angebot der Bg. Für eine nähere Preisprüfung fehle es im Übrigen am Erreichen der Aufgreifschwelle von 20%; vorliegend seien die Angebote von ASt und Bg in preislicher Hinsicht laut Submission jedoch nur 8,16% voneinander entfernt. Die Bg habe im Übrigen ausschreibungskonform angeboten; sie beanspruche nur denjenigen Preis, den sie auch für die Leistung tatsächlich kalkuliert habe und den sie folglich berechnen wolle. Es liege auch keine Mischkalkulation in Zusammenhang mit anderen Leistungspositionen vor.

Soweit die ASt sich gegen die Wertung ihres Bauablaufkonzepts für die Uferzurücknahme [...] wende, sei festzuhalten, dass seitens der Ag ein Beurteilungsspielraum bestehe, der im Nachprüfungsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar sei. Im vorliegenden Fall könne die Vergabekammer daher nicht die Bewertung mit 7,5 Punkten durch eigene Bewertung mit 10 Punkten ersetzen. Es sei auch nicht ersichtlich, dass die Ag den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum in Bezug auf das fragliche Bauablaufkonzept offensichtlich fehlerhaft ausgeübt habe. Die ASt trage vielmehr selbst vor, dass Sicherungsmaßnahmen, die bereits im Leistungsverzeichnis oder in einem anderen Bauablaufplan beschrieben worden seien, von ihr nicht gesondert im Bauablaufkonzept zur Uferzurücknahme erwähnt worden seien. Das Konzept sei daher nicht vollständig und könne nicht mit 10 Punkten bewertet werden. Die Dokumentation der Konzeptbewertungen seitens der Ag sei ebenfalls nicht zu beanstanden. Den Ausführungen der Ag sei nachvollziehbar zu entnehmen, aus welchen Gründen heraus die konkrete Benotung der einzelnen Konzepte erfolgt sei. Schließlich seien auch die Bewertungsmaßstäbe, die angewandt worden seien, für die Bieter transparent gewesen, so dass von einer willkürlichen Bewertung nicht gesprochen werden könne.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der

mündlichen Verhandlung am 2. Juni 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und teilweise begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Insbesondere ist die ASt gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt und ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB mit Schreiben vom 11. Mai 2017 nachgekommen. Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.
2. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet. Ausgangspunkt sind dabei nicht nur der von der ASt zuletzt gestellte Sachantrag, sondern das insgesamt von der ASt im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens geltend gemachte Begehren; neben einer Neuwertung macht die ASt auch geltend, dass das Angebot der Bg auszuschließen sei. Ein Ausschluss des Angebots der Bg kommt im vorliegenden Fall jedoch weder unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden Preisangabe (siehe unten a)) noch wegen Abweichens von den Vergabeunterlagen im Zusammenhang mit dem Bauablaufkonzept für die Kampfmittelräumung (siehe unten b)) in Betracht. Die Bewertung der mit den Angeboten einzureichenden Bauablaufkonzepte ist jedoch – wie sich der Dokumentation der Vergabeakte entnehmen lässt – nicht nachvollziehbar anhand der den Bietern bekanntgegebenen Maßstäbe erfolgt und daher fehlerhaft (siehe unten c)); auch der weitere Vortrag der Ag im Nachprüfungsverfahren hat nicht zu einer Beseitigung dieses Verstoßes geführt. Das Nebenangebot der ASt ist schließlich zu Unrecht nicht berücksichtigt worden (siehe unten d)).
 - a) Das Angebot der Bg ist nicht gemäß § 16 EU Nr. 3 i.V.m § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A wegen fehlender Angabe des (tatsächlich) geforderten Preises für die Position 2.1.20 des Leistungsverzeichnisses auszuschließen. Denn zum einen hat die Bg in ihrem Angebot für die fragliche Leistungsposition einen Preis eingetragen, der damit auch der von der Bg für diese Leistung geforderte Preis ist, und zum anderen – dies mutmaßt die

ASt lediglich – sind weder in der Aufklärung des Angebots der Bg durch die Ag bezüglich des Abschnitts 2.1. des Leistungsverzeichnisses noch anderweitig Anhaltspunkte dafür festgestellt worden oder der Kammer aufgefallen, dass der angebotene Preis vergaberechtswidrig, etwa im Wege der Mischkalkulation, gebildet worden sei.

- b) Das Angebot der Bg ist auch nicht nach § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A wegen Abweichens von den Vergabeunterlagen in Bezug auf die Kampfmittelräumung auszuschließen. Nach Auffassung der ASt bedinge der vorgeschriebene Grad der Kampfmittelräumung für das Baggermaterial, nämlich das Räumziel „Kampfmittelfreiheit ohne Einschränkung“, den Einsatz einer Siebanlage mit Magnetabscheider nach den Arbeitshilfen Kampfmittelräumung (AH-KMR), dort nach der Technischen Spezifikation (TS) A-9.4.7. Indem die Bg ein solches Verfahren nicht anbiete – die ASt geht davon aus, dass die Bg dieses Verfahren in ihrem Bauablaufkonzept zur Kampfmittelräumung nicht in Bezug nimmt –, weiche sie von den Vergabeunterlagen ab.

Vorliegend waren jedoch nach den Vergabeunterlagen keine abschließenden Vorgaben hinsichtlich der anzubietenden Räumverfahren aufgestellt worden, so dass von entsprechenden – hier nicht vorhandenen – Vorgaben auch gar nicht abgewichen werden konnte, auch nicht durch die Bg. Denn gemäß Ziffer 4.2.15 der Baubeschreibung ist die Wahl des jeweils geeigneten Räumverfahrens vom Auftragnehmer und damit erst im Auftragsfall (nach Zuschlagserteilung) vorzunehmen; die Baubeschreibung legt dementsprechend auch nur „Räumziele“ fest und verweist lediglich auf zur Erreichung dieser Ziele „mögliche Verfahren“ nach der AH-KMR. Damit korrespondiert die Position 1.2.40 des Leistungsverzeichnisses, die die Aufstellung eines Kampfmittelräumkonzepts vom Auftragnehmer (und in Abstimmung mit der Ag) zum Gegenstand hat. Entsprechende Festlegungen sind somit Leistungsbestandteil des streitgegenständlichen Auftrags und nicht schon im Rahmen der Angebotserstellung vorzunehmen. Dementsprechend sind auch keine Bieterangaben zum beabsichtigten Räumverfahren mit dem Angebot gefordert. Auch enthält das Leistungsverzeichnis – mit Ausnahme des jeweiligen Verweises auf das Räumverfahren Baubegleitende Kampfmittelräumung nach AH-KMR TS A-9.4.3 – keine zwingende Vorgabe für das Verfahren nach AH-KMR TS A-9.4.7. Auch in der Verwendung des Begriffs der „maschinellen Separation“ unter Position 5.3.30 des

Leistungsverzeichnisses kann nicht eine solche zwingende Vorgabe gesehen werden. Denn zum einen ist in AH-KMR TS A-9.4.7 lediglich vom leicht abweichenden Begriff „mechanischer Separation“ die Rede und dies auch nur in der Beschreibung der Vorgehensweise; zum anderen durfte ein Bieter die konkrete Benennung des Verfahrens unter Verweis auf AH-KMR TS A-9.4.7 erwarten, wenn zuvor bereits ein anderes Verfahren aus den AH-KMR (AH-KMR TS A-9.4.3) konkret erwähnt wurde. Im Übrigen spricht – wie oben bereits dargelegt – Ziffer 4.2.15 der Baubeschreibung bei den zu den einzelnen Arbeitsbereichen erwähnten Räumverfahren nur von „möglichen Verfahren“, nicht aber zwingend zu verwendenden Verfahren.

- c) Bei der Bewertung der Bauablaufkonzepte (mit 0 bis 10 Punkten) hat die Ag nicht den zuvor von ihr gegenüber den Bietern bekanntgegebenen Bewertungsmaßstab angelegt und damit gegen § 127 Abs. 5 GWB sowie den Transparenzgrundsatz nach § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB verstoßen.

Gemäß Ziffer 1.5 in Verbindung mit Ziffer 3 (als Konkretisierung von Ziffer 1.5) des den Bietern überlassenen Formblatts 313-B sollen die mit den Angeboten eingereichten drei Bauablaufkonzepte mit 10, 7,5, 5, 2,5 oder 0 Punkten bewertet werden, und zwar je nachdem, ob alle Arbeitsschritte erkannt und beschrieben wurden oder einer oder mehrere Arbeitsschritte fehlen. Eine entsprechende Auswertung der Bauablaufkonzepte hat die Ag jedoch nicht vorgenommen. Vielmehr hat sie als Kriterien die Begriffe der Mindestangaben verwendet, die die Bauablaufkonzepte nach „Anlage zu 3.3“ (zu Ziffer 3.3 der Angebotsaufforderung) enthalten müssen, und zusätzlich die Kriterien „Bauzeitliche Einschränkungen“ und „Tätigkeiten des AG“, die allerdings für das relative Wertungsergebnis nicht von Bedeutung waren. Innerhalb der Kriterien (geforderte Mindestangaben) wurden dann gegebenenfalls Punktabzüge vermerkt und dies in Bezug auf das jeweilige Kriterium stichwortartig begründet. So wurde etwa in Bezug auf das Bauablaufkonzept der ASt zur Uferzurücknahme [...] im Kriterium „Sicherungsmaßnahmen, wenn erforderlich“ das Nichtaufführen von Sicherungsmaßnahmen bezüglich des Radwegs bemängelt – worauf sich die Ag auch im Nachprüfungsverfahren als Grund für die Abwertung bezieht.

Eine Wertung danach, ob alle erforderlichen Arbeitsschritte erwähnt sind oder ein oder mehrere Schritte in den jeweiligen Konzepten fehlen, setzt jedoch zunächst voraus, dass eine Vorstellung darüber besteht, welche Arbeitsschritte tatsächlich erforderlich

sind und erwähnt werden müssen; nur so kann dann auch bewertet werden, ob alle Arbeitsschritte beschrieben wurden oder welche fehlen. Dabei kann es durchaus zulässig sein, dass wie hier eine vollständige Liste der Arbeitsschritte den Bietern nicht vorab bekanntgegeben wurde, wenn damit erreicht werden soll, dass sich die Bieter bei der Erarbeitung der Bauablaufkonzepte selbst vertieft mit den Anforderungen des Bauvorhabens auseinandersetzen sollen, um belastbare Ergebnisse zu erhalten. Jedenfalls muss aber im Rahmen der Wertung und anhand der entsprechenden Dokumentation nachvollziehbar sein – auch für die Nachprüfungsinstanzen – (vgl. zu den Dokumentationsanforderungen auch BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17), welche Arbeitsschritte für eine Bewertung mit 10 Punkten nach Auffassung der Ag beschrieben werden mussten und ob diese in den einzelnen Bieterkonzepten vorhanden waren oder fehlten. Ein solches Wertungsvorgehen ist hier ausweislich der dokumentierten Wertung nicht erfolgt.

Ist die Wertung der Bauablaufkonzepte schon nicht ordnungsgemäß erfolgt, kann von der Vergabekammer auf dieser Grundlage auch nicht abschließend beurteilt werden, ob etwa die Abpunkung des Bauablaufkonzepts der ASt zur Uferzurücknahme zu Recht erfolgte (handelt es sich bei der entsprechenden Sicherungsmaßnahme um einen erforderlichen Arbeitsschritt?) oder das Bauablaufkonzept der Bg zur Kampfmittelräumung mit 0 Punkten (d.h. fehlen mehr als drei Arbeitsschritte) zu bewerten ist, wie die ASt geltend macht.

- d) Die Ag hat zudem das Nebenangebot der ASt (Angebot eines Pauschalpreises für die Baustellenvorhaltung, LV-Position 2.1.20) zu Unrecht ausgeschlossen. Entgegen der Auffassung der Bg sind Nebenangebote weder grundsätzlich auszuschließen noch im konkreten Fall aufgrund der aufgestellten Mindestanforderungen ausgeschlossen. Für letzteres hätte es eines ausdrücklichen und von den Bietern klar erkennbaren Hinweises bedurft; ein Umkehrschluss, wie es die Bg aus Mindestanforderungen zieht, ist weder zwingend noch würde es sich dabei um eine hinreichend transparente Vorgabe handeln. Kaufmännische Nebenangebote sind auch nicht grundsätzlich unzulässig; weder gibt es eine entsprechende Vorschrift noch sind kaufmännische Nebenangebote vom vergaberechtlichen Begriff des Nebenangebots nicht umfasst; das Gegenteil ist der Fall (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. November 2011, VII-Verg 22/11; Dicks, VergabeR 2016, 309, 310; Summa, jurisPK-VergR, § 16d VOB/A Rn. 109).

Das Nebenangebot der ASt erfüllt auch die für das vorliegende Vergabeverfahren aufgestellten Mindestanforderungen nach Anhang 481; insbesondere widerspricht es nicht dessen Vorgaben in Ziffer 4. Danach müssen das Aufmaß und die Abrechnung eindeutig durchführbar sein und die Massen mit denen der Hauptangebote vergleichbar sein. Soweit diese Anforderung überhaupt für kaufmännische Nebenangebote einschlägig ist – mit den Begriffen „Aufmaß“ und „Massen“ wird vornehmlich auf technische Varianten Bezug genommen –, sind aber auch bei übertragenem Verständnis die Anforderungen erfüllt. Während es eines Aufmaßes bei einer Pauschalposition nicht bedarf und auch die „Massen“ durch die Pauschalierung des Preises nicht verändert werden, bleibt lediglich zu prüfen, ob die Abrechnung eindeutig durchführbar ist. Während die Ag in Bezug auf den Begriff der „Abrechnung“ vor allem den Gesichtspunkt von Abschlagszahlungen betrachtet und hier eine Unsicherheit sieht, wann und in welchem Umfang Abschlagszahlungen gefordert werden könnten, stellt die ASt primär auf die Schlussrechnung ab, sieht aber auch keine Unsicherheit bezüglich der Abschlagszahlungen, die nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B i.V.m. der festgelegten Bauzeit von 36 Monaten in monatlichen Raten von 1/36 des Pauschalpreises abgerechnet werden könnten.

Mit dem im Anhang 481 verwendeten Begriff der Abrechnung wird begrifflich auf § 14 VOB/B Bezug genommen, der Anforderungen an vom Auftragnehmer erstellte Rechnungen aufstellt. Dabei ist in Absatz 3 ausdrücklich von der Schlussrechnung die Rede, während im Übrigen nur der Begriff „Rechnung“ verwendet wird und damit neben der Schlussrechnung auch andere Rechnungen wie etwa für Abschlagszahlungen erfasst sind. Die unter § 14 VOB/B getroffenen Regelungen betreffen allerdings nicht die Frage, zu welchem Zeitpunkt ein Anspruch auf Abschlagszahlungen (und in welcher Höhe) seitens des Auftragnehmers entsteht. In den Regelungen zur Abrechnung geht es vielmehr um die zwingenden Inhalte einer Rechnung bzw. die ansonsten mit der Rechnung vorzulegenden Unterlagen. Danach lässt sich dem von der Ag im Anhang 481 verwendeten Begriff der Abrechnung nicht mit der erforderlichen Klarheit entnehmen, dass neben den Fragen der Abrechnung nach § 14 VOB/A auch die Fragen von Zeitpunkt und Höhe von Abschlagszahlungen im Nebenangebot eindeutig bestimmt sein müssen – falls sie dies nicht schon sind, wie von der ASt vorgetragen. Diese begriffliche Mehrdeutigkeit kann nach dem Transparenzgrundsatz nicht zu

Lasten des Bieters, hier der ASt, zum Ausschluss ihres Nebenangebots führen (vgl. nur BGH, Urteil vom 3. April 2012, X ZR 130/10).

Auch weitere Überlegungen ergeben keine aus dem Nebenangebot resultierenden Nachteile zu Lasten der Ag, die die Annahme des Nebenangebots für sie unzumutbar erscheinen lassen. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn die Ag durch die Annahme des Nebenangebots gezwungen würde, sich auf Zahlungsbedingungen einzulassen, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren wären (allgemeiner Rechtsgedanke aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn die Ag bei Annahme des hier streitgegenständlichen Nebenangebots gezwungen wäre, den vereinbarten Pauschalpreis vorab – also bereits mit Beginn der Vorhaltung und des Betriebs der Baustelle – zu leisten. Dies steht indes nicht zu befürchten, da das Angebot selbst diese Zahlungsmodalität nicht beinhaltet und sich dies auch nicht aus Regelungen ergibt, die allgemein für die Abrechnung und Fälligkeit von Pauschalpreisen gelten. Insoweit kann hier dahingestellt bleiben, ob im streitgegenständlichen Fall § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B unmittelbar auf die Abrechnung des mit dem Nebenangebot angebotenen Pauschalpreises anzuwenden ist (so die ASt). Aus der vorgenannten Norm lässt sich aber der allgemeine Grundsatz ableiten, dass Leistungen jedenfalls nur dann zu vergüten sind, soweit sie erbracht wurden (siehe hierzu Zanner in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens, VOB Kommentar, 6. Auflage, § 16 VOB/B Rn. 17). Des Weiteren ergibt sich aus § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B, dass der Auftragnehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf Vorauszahlung hat, sondern diese einer ausdrücklichen Vereinbarung bedürfen (siehe hierzu Zanner, a.a.O., § 16 VOB/B Rn. 53). Mithin weist das Nebenangebot der ASt, auch wenn es keine ausdrücklichen Festlegungen in Bezug auf Abrechnung und Fälligkeit des dort angebotenen Pauschalpreises enthält, keine derart gravierenden Lücken auf, die eine Annahme des Nebenangebots für die Ag unzumutbar erscheinen lässt. Hätte die Ag insoweit klarere Festlegungen gewollt, wäre sie gehalten gewesen, dies in den Mindestanforderungen für Nebenangebote unmissverständlich zu formulieren.

3. Um die festgestellten Rechtsverletzungen zu Lasten der ASt zu beseitigen, hat die Ag – eine fortbestehende Beschaffungsabsicht vorausgesetzt – das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotswertung zurückzusetzen und die Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung zu wiederholen, d.h. insbesondere die Bewertung der von den Bietern

eingereichten Bauablaufkonzepte nach dem bekanntgegebenen Maßstab (siehe oben 2.c)) erneut zu werten und das Nebenangebot der ASt in die Wertung einzubeziehen.

III.

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

Die ASt trifft dabei ein mit einem Anteil von einem Drittel zu bewertendes Unterliegen, da sie mit der Anstrengung des Nachprüfungsverfahrens unter anderem den Ausschluss des Angebots der Bg und damit im Ergebnis die Erteilung des Zuschlags auf ihr Angebot begehrt, während durch die vorliegende Entscheidung lediglich ihre grundsätzlichen Auftragschancen im Bieterfeld gewahrt bleiben (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Februar 2012, VII-Verg 85/11; Beschluss vom 12. Mai 2011, VII-Verg 32/11).

Die ASt hat – soweit sie unterliegt – auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht zudem der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, der ASt im Umfang ihres Unterliegens auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zur Bg begründet, indem sie deren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren geltend macht. Die Bg hat eigene Sachanträge gestellt und sich auch mit Vortrag aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05; Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Umgekehrt haben die Ag und die Bg im Umfang ihres Unterliegens die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen. Sie haften dabei nach Kopfteilen, also im vorliegenden Fall je zu einem Drittel (analog § 159 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO); eine gesamtschuldnerische Haftung kommt insoweit mangels gesetzlicher Anordnung nicht in Betracht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt und die Bg war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen zu den Anforderungen an die Angebotswertung, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

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

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

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

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

Behrens

Ohlerich