Bundeskartellamt

1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 7/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

gegen

[…]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…],

[…],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Erstellung des ESTW […], 1. Baustufe - Vergabenummer: […]“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Schuldt auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 2017 am 20. März 2017 beschlossen:

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

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schloss nach Ausschreibung im Wege des Verhandlungsverfahrens nach der SektVO a.F. mit der ASt, der Bg sowie einem weiteren Unternehmen eine Rahmenvereinbarung, den sog. Modulvertrag 3, über die Beschaffung von bestimmten (elektronischen) Stellwerken ab, und zwar die Beschaffung von Stellwerken für das Fern- und Ballungsnetz (ESTW) (Los 1 des Modulvertrags 3). Der Rahmenvereinbarung vorangestellt ist unter § 1 Abs. 1 eine Tabelle mit Definitionen, unter anderem auch der des „Unterauftragnehmers"; dazu heißt es in der Tabelle:

> *„sind juristische oder natürliche Personen, denen vom AN die Ausführung oder Lieferung eines Teils der von ihm geschuldeten Leistungen übertragen wird oder von denen der AN bestimmte Module, Komponenten oder Bauteile bezieht."*

Im Kapitel I („Projektrealisierung") des Modulvertrags unter § 13, dort Abs. 5.1 und 5.2, heißt es zudem:

> *„(5.1) Zur Ausführung der Sicherungsanlage dürfen nur Funktionsteile und Schaltungen verwendet werden, die vom EBA oder der früheren Deutschen Bundesbahn/Deutschen Reichsbahn zugelassen und/oder von der DB Netz AG freigegeben sind. Müssen Anlagenteile verwendet werden, die noch nicht zugelassen oder freigegeben sind, so hat der AN die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass diese Teile spätestens zum HdF [Herstellung der Funktionsfähigkeit]-Termin zugelassen und freigegeben sind oder eine gleichwertige Betriebsgenehmigung haben.*
>
> *(5.2) Der AN hat im Falle von nicht zeitgerecht vorliegenden Zulassungen einen Zulassungsplan zu übergeben, der von allen am Prozess beteiligten (z.B. Freigabeverantwortlichen, Entwicklungsbegleiter Bahn, EBA, PLS, Gutachter usw.) abgestimmt und mindestens vom Freigabeverantwortlichen gegengezeichnet sein muss."*

In § 16 Abs. 3 des Modulvertrags (ebenfalls Kapitel I) ist ausgeführt:

> *„(3) Zur Übertragung von wesentlichen Teilen der Leistungen oder der Leistung im Ganzen auf Dritte ist der AN nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers berechtigt. Der AG wird die Zustimmung nicht unbillig verweigern."*

Streitgegenständlich ist vorliegend die auf Basis des Modulvertrags 3, Los 1, beabsichtigte Beschaffung der (Signal-)Technik für das zu erstellende ESTW […] (in der 1. Baustufe).

Mit Schreiben vom 4. August 2016 forderte die Ag die ASt, die Bg sowie das weitere Unternehmen zur Abgabe eines Angebots bis zum 12. September 2016 auf. Im Schreiben heißt es unter anderem:

> *„Leistungen, die Sie an Subunternehmer vergeben wollen, sind im Angebot unter Angabe des NAN anzugeben. Diese sind in einer Anlage zum Angebot gesondert aufzuführen.*
>
> *...*
>
> *Im Falle von nicht vorliegenden Zulassungen hat der Bieter mit der Angebotsabgabe eine Übersicht der nicht vorliegenden Zulassungen und Freigaben zu übergeben. ...*
>
> *Mit der Angebotsabgabe für die ESTW Technik übergibt der Bieter die projektbezogene und terminrealistische Prozessdarstellung, mit der die fehlenden Zulassungen u./o. Freigaben erreicht werden sollen. Die hierfür erforderlichen realistischen Zeiträume sind vom Bieter unter Berücksichtigung des Terminplans (...) in der projektbezogenen Prozessdarstellung abzubilden.*
>
> *...*
>
> *Der Zulassungsplan (von allen am Prozess beteiligten, z.B. Freigabeverantwortlichen, Entwicklungsbegleiter Bahn, EBA, NTZ, PLS, Gutachter usw. abgestimmt und mindestens vom Freigabeverantwortlichen gegengezeichnet) ist spätestens zwei Monate nach Beauftragung dem Projekt zu übergeben."*

Sog. HdF-Termin (Termin der Herbeiführung der Funktionsfähigkeit der Sicherungsanlage) ist vorliegend gemäß Terminplan der 1. September 2018.

Die drei aufgeforderten Unternehmen gaben jeweils fristgerecht ein Angebot ab. Mit E-Mail vom 22. September 2016 teilte die Ag den Bietern mit, dass keine wertbaren Angebote eingegangen seien, und gab ihnen die Möglichkeit, überarbeitete Angebote neu einzureichen. Mit Ausnahme von einem Dokument behielten die übrigen Vergabeunterlagen ihre Gültigkeit. Die Angebotsfrist endete am 5. Oktober 2016.

Alle Bieter gaben wiederum fristgemäß ein Angebot ab. Mit E-Mail vom 11. Oktober 2016 teilte die Ag den Bietern mit, dass wiederum keine wertbaren Angebote vorliegen würden, und räumte allen Bietern nochmals die Möglichkeit ein, ein überarbeitetes Angebot – diesmal bis zum 17. Oktober 2016 – einzureichen. Die Vergabeunterlagen blieben unverändert.

Alle drei Bieter gaben erneut fristgerecht jeweils ein Angebot ab.

In ihrem Angebot gab die ASt an, dass sie in Bezug auf zwei Leistungsbestandteile noch über keine Zulassung verfüge, und fügte jeweils eine Prozessdarstellung für den geplanten Zulassungsprozess bei. Bei der einen fehlenden Zulassung handelt es sich um eine Zulassungsanpassung die Grundschaltungen betreffend. Die andere fehlende Zulassung hat die Optiken von LED-Signalen („Optiken der LED-Signale einschl. der Signale im […]tunnel“) zum Gegenstand. Dazu heißt es im Anschreiben des Angebots:

> *„Für die Zulassung der LED-Signale haben wir uns entschieden, eine sehr weit fortgeschrittene Neuentwicklung der [Geschäftsgeheimnis der ASt] anzubieten. Hierzu informieren wir Sie gern im Rahmen eines Aufklärungsgespräches ausführlich. Wir sind jedoch auch bereit, die speziell für den […]tunnel vorgesehenen Signaltypen von der [Bg] einzusetzen, sollte die [Bg] bereit sein, uns diesen Signaltyp zum Kauf anzubieten. ...“*

Im Anschreiben ist zudem ausgeführt, dass die Realisierung durch die ASt bzw. deren einen Teilgesellschafter ([…] GmbH) erfolge. Des Weiteren fügte die ASt eine Liste der geplanten Nachunternehmer bei, in der der fragliche Teilgesellschafter und der Lieferant der LED-Signale nicht aufgeführt sind.

Mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 bat die Ag die ASt um Erläuterungen zu bestimmten Punkten ihres Angebots und verlangte insbesondere die Vorlage von Zulassungsplänen mit nachgewiesener Abstimmung mit der Zulassungsstelle. Mit Schreiben vom 3. November 2016 antwortete die ASt darauf ausführlich. Mit Schreiben vom 7. und 8. November 2016 bat die Ag die ASt um weitere Erläuterungen, worauf die ASt mit Schreiben vom 11. November 2016 reagierte. Mit Schreiben vom 15. November 2016 stellte die Ag noch einige restliche Fragen, auf die die ASt mit Schreiben vom 18. November 2016 antwortete. Im Aufklärungsgespräch vom 12. Dezember 2016 verlangte die Ag von der ASt weitere Nachweise, die sie in einer Checkliste aufgelistet mit E-Mail vom 14. Dezember 2016 (ergänzt mit E-Mail vom 16. Dezember 2016) an die ASt sandte. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 antwortete die ASt hierauf.

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass das Angebot der ASt ausgeschlossen werden müsse. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 27. Dezember 2016 rügte die ASt den Angebotsausschluss. Mit Schreiben vom 4. Januar 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe, und machte weitere Ausschlussgründe geltend, die die ASt wiederum mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 13. Januar 2017 rügte. Mit Schreiben vom 6. Januar 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie beabsichtige, den Auftrag an die Bg zu vergeben.

Mit Schreiben vom 16. Januar 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 16. Januar 2017 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen den Ausschluss ihres Angebots. Die von der Ag geltend gemachten Gründe für einen Ausschluss seien allesamt nicht tragfähig.

Soweit die Ag den Angebotsausschluss darauf stütze, dass die ASt keinen Terminplan für die Zulassung der LED-Signale speziell für den […]tunnel eingereicht habe und auch nicht aufklärbar gewesen sei, ob der eingereichte Zulassungsterminplan für die LED-Signale auch die Tunnelsignale mit umfasse, sei dies fehlerhaft. Bereits mit Schreiben vom 11. November 2016 habe die ASt auf entsprechende Nachfrage klargestellt, dass die LED-Signaloptiken im Tunnel gemeinsam mit den LED-Signaloptiken außerhalb des Tunnels zur Zulassung gebracht würden. Mit Einreichen der entsprechenden Prozessdarstellung für die Zulassung habe die ASt alles getan, was mit Einreichung des Angebots nach den Vergabeunterlagen erforderlich gewesen sei. Ein bestimmter Detaillierungsgrad für die Prozessdarstellung sei auch nicht von der Ag vorgegeben worden. Wenn die Ag nunmehr Nachweise der Zulassungsstelle und Zulassungspläne abfordere, gehe dies über das in den Vergabeunterlagen Geforderte eindeutig hinaus. Aber auch insoweit habe die ASt die jeweils mit den Aufklärungsschreiben von der Ag abgeforderten weiteren Unterlagen und Erklärungen jeweils zur Verfügung gestellt. Soweit die Ag in diesem Zusammenhang geltend mache, die ASt habe offengelassen, von welchem Hersteller sie letztlich die LED-Signale beziehe, sei festzuhalten, dass die Ag eine entsprechende Hersteller- oder Produktangabe seitens der Bieter überhaupt nicht gefordert habe. Dass die ASt die beiden Hersteller erwähne, sei dem Umstand geschuldet, dass fehlende Zulassungen mit dem Angebot anzugeben gewesen seien.

Auch soweit die Ag den weiteren von der ASt mit dem Angebot vorgelegten Zulassungsterminplan (Zulassungsanpassung) als unzureichend bezeichnet habe bzw. die geforderten Nachweise nicht vollständig erbracht worden seien, sei auch diesbezüglich festzuhalten, dass nach den Vergabeunterlagen nur die Prozessdarstellung für die Zulassung mit dem Angebot einzureichen gewesen sei; dies habe die ASt getan. Die weiteren, von der Ag nachgeforderten – und im Übrigen von der ASt auch einreichten – Nachweise habe die Ag daher schon gar nicht verlangen dürfen. Auch inhaltlich sei dem Angebot nicht zu entnehmen, dass die zur Zulassung zu bringende Anpassung nicht alle erforderlichen Aspekte umfasse; dies ergebe sich insbesondere schon aus der Überschrift der Prozessdarstellung und aus den dargestellten Prozessschritten. Nichts anderes habe die ASt auch im Folgenden während der Aufklärungen weiter bestätigt. Eine bestimmte Gliederungstiefe oder ein bestimmter Mindestinhalt seien für die einzureichenden Prozessdarstellungen hingegen nicht gefordert worden. Schließlich habe auch die Ag keine ernstlichen Zweifel anhand der Prozessdarstellung der ASt vorgebracht, dass die ASt die vorgesehene Vertragsfrist einhalten könne.

Die ASt verfüge im Übrigen über die notwendigen Grundschaltungen für das zu errichtende ESTW; erforderliche Zulassungsanpassungen habe die ASt mit dem Angebot offengelegt. Dabei sei berücksichtigt worden, dass Anpassungen an bereits bestehende Nachbarstellwerke Vertragsinhalt seien, nicht jedoch Anpassungen in den betreffenden Nachbarstellwerken. Soweit die Ag nunmehr behaupte, es fehle die Darstellung eines weiteren Zulassungsprozesses seitens der ASt, und zwar gestützt auf eine im bauseits beizustellenden Block ZB […] der Bg befindliche Relaisgruppe, könne dies schon deshalb den Angebotsausschluss nicht rechtfertigen, da die Vergabeunterlagen keine Dokumentationsunterlagen mit entsprechenden Schnittstellenspezifikationen zum bestehenden Nachbarstellwerk bzw. dem ZB […] der Bg enthalten hätten, die auf die Relaisgruppe hinweisen würden, und der ASt daher gar nicht bekannt gewesen sei, dass sich eine solche Relaisgruppe in dem fraglichen Block befinde. Dies hätte die Ag jedoch offenlegen müssen, damit es Vertragsinhalt werden könne, was aber nicht erfolgt sei.

Ferner sei das Nachunternehmerverzeichnis, das die ASt mit ihrem Angebot eingereicht habe, nicht deshalb unvollständig, weil sie dort nicht den Lieferanten der LED-Signale aufgeführt habe. Denn bei der Lieferung der Signale handele es sich nicht um eine Nachunternehmerleistung im vergaberechtlichen Sinne. Die Ag fordere in der Angebotsaufforderung auch nicht – jedenfalls nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit – weitergehende Angaben zu anderen Unterauftragnehmern, wie sie im Modulvertrag definiert seien. Ihren Teilgesellschafter habe sie schon deshalb nicht angeben müssen, da es sich bei von diesem erbrachten Leistungen nur um

Gesellschafterleistungen handele, die gerade nicht auf einem Unterauftragsverhältnis beruhen würden. Eine Nennung des Gesellschafters mit zugewiesenen Leistungsbereichen wäre nur erforderlich gewesen, wenn die Ag dies ausdrücklich verlangt hätte.

Schließlich könne ein Angebotsausschluss auch nicht damit begründet werden, dass die ASt einen „Tisch für Servicerechner“ nicht angeboten habe, weil sie ihn in der Aufzählung des Mobiliars des entsprechenden Funktionsmoduls in der sog. Funktionsmodulliste versehentlich nicht noch einmal aufgeführt habe. Mit der Aufzählung, die den geforderten Leistungsumfang habe wiedergeben sollen (daher beginne die Aufzählung mit „Lieferumfang entsprechend Anfrage“), habe die ASt dem Umstand ausschreibungskonform Rechnung tragen wollen, dass die Ag das Funktionsmodul nicht so, wie es im Modulvertrag zu verpreisen gewesen sei, nachgefragt habe, sondern mit anderen Mengenvorsätzen der einzelnen Modulbestandteile.

Die ASt beantragt:

1. Die Ag wird verpflichtet, die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebots der ASt vom 14. Oktober 2016 zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt hat die Ag zu tragen.
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig.

Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die ASt hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag wird für notwendig erklärt.

Das Angebot der ASt ist nach Ansicht der Ag schon deshalb auszuschließen, da im Angebot der ASt die Darstellung für einen Zulassungsprozess fehle, den die ASt zur Vertragserfüllung benötigen würde. Dieser betreffe die Anpassung ihrer Technik an die vorhandene Technik des Systems ZB […] im Nachbarstellwerk. Eine bestimmte Funktion sei hier von der bestehenden Zulassung der ASt nicht umfasst, die insoweit also einer Anpassung mit entsprechender Zulassung bedürfe.

Soweit die ASt einen Zulassungsterminplan für eine andere erforderliche Anpassung mit dem Angebot eingereicht habe, sei dieser Terminplan defizitär. Insbesondere sei er lückenhaft, nicht terminrealistisch und nicht plausibel. Die Ag habe sich davon überzeugen müssen, dass bei dem Vertragsschluss mit einem Bieter, der ein bisher nicht zugelassenes System anbiete, die Zulassung innerhalb der vorgegebenen Zeiträume erreicht werden könne. Andernfalls entstünden seitens der Ag erhebliche Schwierigkeiten wegen bereits festliegender Sperrpausen. In der Prozessdarstellung würden insbesondere bestimmte Prozessschritte und spezifische Darstellungen fehlen.

Des Weiteren sei der Zulassungsterminplan der ASt für die fehlende Zulassung der Optiken der LED-Signale defizitär, weil lückenhaft, widersprüchlich und nicht in der gebotenen Zeit umsetzbar. Es sei dem Terminplan nicht zu entnehmen, dass neben den „normalen“ LED-Signalen auch die im Tunnel benötigten Signale mit umfasst seien. Da es sich um eine Sonderkonstruktion handele (wie sich aus Anlage 1 der Aufforderung zur Angebotsabgabe, Seite 21, ergebe), sei aber eine gesonderte Zulassung und damit auch ein gesonderter Zulassungsterminplan erforderlich. Ob die Tunnelsignale im von der ASt vorgelegten Terminplan enthalten seien, habe sich nicht aufklären lassen. Der Terminplan sei im Übrigen nicht vollständig, da er nicht die notwendigen Vorbereitungen für den Feldversuch (Vier-Jahreszeiten-Erprobung) enthalte; vielmehr sei unmittelbar nach der lichttechnischen Untersuchung die Erprobung vorgesehen. Der notwendige Zeitrahmen für die im Vorfeld der Erprobung erforderlichen Klärungen sei nicht ausgewiesen. Der Terminplan müsse aber vollständig sein, damit die Ag nachprüfen könne, ob die Zulassung termingerecht erreicht werden könne, um den den Vergabeunterlagen beigefügten Ausführungsterminplan einzuhalten. Im Übrigen lasse die ASt offen, wessen LED-Signale sie anbiete, da sie im Angebotsanschreiben neben den präferierten LED-Signalen eines dritten Anbieters alternativ die LED-Signale der Bg anbiete, falls diese sie ihr verkaufe. Damit habe sie offen gelassen, von welchem Hersteller sie die LED-Signale beziehe. Diese Widersprüchlichkeit, die sich damit aus dem Angebot der ASt ergebe, müsse schon für sich genommen zum Angebotsausschluss führen.

Ferner sei das Nachunternehmerverzeichnis, wie es die ASt mit dem Angebot eingereicht habe, unvollständig. Denn der Lieferant der LED-Signale sei dort nicht aufgeführt worden, obwohl es sich um einen wesentlichen Teil der ausgeschriebenen Leistung handele und der Lieferant daher nach der Definition des Unterauftragnehmers in § 1 des Modulvertrags im Nachunternehmerverzeichnis aufzuführen war. Der Lieferant der LED-Signale falle aber auch unter den vergaberechtlichen Begriff des Nachunternehmers; denn bei den Signalen handele es

sich nicht um bloße Zuliefer- oder Vorprodukte, sondern einen erheblichen und wesentlichen Teil der Vertragsleistung. Eine Nachforderung der fehlenden Erklärung sei ausgeschlossen. Zudem sei aufgrund des Umstands, dass die ASt auch ihren Teilgesellschafter als möglichen Leistungserbringer nenne, unklar, ob der Gesellschafter Teile der Leistung erbringen werden und wenn ja, welche.

Schließlich sei das Angebot der ASt unvollständig, da sich aus der sog. Funktionsmodulliste des Angebots aufgrund von Erläuterungen der ASt ergebe, dass die ASt einen „Tisch für Servicerechner“ nicht angeboten habe.

Mit Beschluss vom 23. Januar 2017 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die ASt hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg zu tragen.

Die Bg macht geltend, dass – anders als die ASt meine – die Anpassung des zu errichtenden Stellwerks an das in Betrieb befindliche Nachbarstellwerk (eine grundschaltungskonforme Blockanpassung) Teil des vom Auftragnehmer geschuldeten Leistungsumfangs sei. Als Systemlieferant sei der Auftragnehmer verpflichtet, das von ihm herzustellende ESTW so zu liefern, dass die bei der Ag zum Einsatz kommende und bereits zugelassene Technik und zugelassenen Grundschaltungen nicht geändert werden müssen. Bei der in der Ausschreibung geforderten Blockschnittstelle handele es sich um den Block ZB […] (standardisierte Blockschnittstelle […], einem Produkt der Bg; an die vorhandenen Grundschaltungen des ZB […] sei die Anpassung vertraglich geschuldet. Das Angebot der ASt müsse nun jedoch ausgeschlossen werden, da die entsprechend zugelassene Grundschaltung der ASt verschiedene der in der Ausschreibung geforderten Funktionalitäten nicht beinhalte. Daher müsse die ASt die Grundschaltung ihres ESTW anpassen. Eine solche Anpassung sowie eine entsprechende (im Zulassungsplan der ASt zu berücksichtigende) Zulassung der Anpassung könne nur unter Mitwirkung der Bg erfolgen. Dementsprechend habe die ASt bei der Bg wegen eines Angebots zur „Erarbeitung von Grundschaltung und Schnittstellenspezifikation sowie der notwendigen Sicherheitsnachweisführung zur Anpassung ZB […] zwischen [ASt] und [Bg] Nachbarstellwerkstechnik“ angefragt. Für ein diesbezügliches Tätigwerden der Bg würden bisher jedoch die Voraussetzungen fehlen. Folglich sei es der ASt zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe

unmöglich gewesen, ein den Anforderungen der Ausschreibung genügendes, vollständiges Angebot zu unterbreiten.

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 15. Februar 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 15. Februar 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 GWB zunächst bis zum 6. März 2017 einschließlich und anschließend mit Verfügung des Vorsitzenden vom 6. März 2017 bis zum 20. März 2017 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Ag vom 20. Februar 2017 und der Bg vom 21. Februar 2017 wurden nicht berücksichtigt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Zweifel an der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen nicht. Insbesondere ist die ASt, die sich gegen den Ausschluss ihres Angebots wendet, gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt und hat die entsprechende Ausschlussentscheidung der Ag, die der ASt mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 mitgeteilt wurde, mit Rügeschreiben vom 27. Dezember 2016 rechtzeitig gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt. Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag hat in der Sache keinen Erfolg. Denn der Ausschluss des Angebots der ASt ist letztlich zu Recht erfolgt. Auch wenn mehrere seitens der Ag vorgebrachte Ausschlussgründe, den Angebotsausschluss nicht rechtfertigen können (siehe hierzu im Folgenden lit. a bis lit. d), ist dieser letztlich aber wegen einer nicht ordnungsgemäßen Nachunternehmerbenennung zu Recht erfolgt (hierzu lit. e).

   a) Das Angebot der ASt ist aber nicht schon deshalb auszuschließen, weil es angeblich unvollständig sei, indem ein „Tisch für Servicerechner“ nicht angeboten worden sei. In

der Gesamtschau des Angebots ergibt sich im Rahmen der Auslegung jedoch unzweifelhaft, dass dies nicht der Fall ist. Vielmehr wurde der Tisch von der ASt als Bestandteil eines Moduls bepreist; auch der Gesamtpreis des betroffenen Moduls gibt die preisliche Berücksichtigung des Tisches wieder. Worauf sich die Ag lediglich stützt, ist der Umstand, dass die ASt bei der auf das Modul bezogenen Erläuterung in der Modulliste alle anderen Bestandteile des Moduls, jedoch nicht den fraglichen Tisch erwähnt. Dass es sich hier jedoch um ein Schreibversehen (versehentliches Nichtaufführen) handelt, ergibt sich nicht nur aus den bereits erwähnten Bepreisungen, sondern auch aus dem Umstand, dass die fragliche Aufzählung mit dem Passus „Lieferumfang entsprechend Anfrage“ beginnt und dementsprechend dazu dient, gerade deutlich zu machen, dass die im konkreten Vergabeverfahren geforderten Anzahlen der Modulbestandteile Angebotsinhalt sind, obwohl die Modulzusammensetzung für das hier ausgeschriebene Projekt hinsichtlich der zu liefernden Anzahlen der einzelnen Modulbestandteile von der Zusammensetzung des Moduls im Modulvertrag abweicht.

b) Die Ag hat sich für den Ausschluss des Angebots der ASt auch zu Unrecht darauf gestützt, dass der von der ASt mit dem Angebot eingereichte Zulassungsterminplan (Prozessdarstellung) nicht ausreichend sei.

Soweit dem Angebot angeblich nicht zu entnehmen sei und im Folgenden auch nicht habe aufgeklärt werden können, dass die Prozessdarstellung der ASt für die Erzielung der fehlenden Zulassung der Optiken der LED-Signale auch die LED-Signale im [...]tunnel mit umfasse, ist dies schon tatsächlich nicht zutreffend. Vielmehr ist bereits dem Angebotsanschreiben der ASt zu entnehmen, dass der fragliche Zulassungsprozess auch die Signale im Tunnel erfasst. Denn die ASt listet im Anschreiben genau zwei technische Bereiche untereinander auf, zu denen ihr die Zulassungen fehlen; ein Bereich sind die „Optiken der LED-Signale einschl. der Signale im [...]tunnel“. Korrelierend dazu reichte sie mit dem Angebot zwei Prozessdarstellungen ein (für jede fehlende Zulassung eine), von denen sich die eine auf die LED-Signale bezog. In der Gesamtschau ist die Prozessdarstellung daher so zu verstehen, dass sie sich auf alle LED-Signale (einschließlich Tunnelsignale) bezieht. Im Rahmen der (insoweit nicht erforderlichen) Aufklärung hat sich dabei auch nichts anderes ergeben; vielmehr hat die ASt den entsprechenden Angebotsinhalt bestätigt.

Soweit die Ag diesbezüglich im Weiteren geltend macht, dass noch Nachweise fehlen würden, ist dies auf Grundlage der Vergabeunterlagen nicht nachvollziehbar. Voraussetzung für einen Ausschluss wäre insoweit, dass die ASt Nachweise, die von der Ag in den Vergabeunterlagen (unmissverständlich) gefordert worden sind, nicht zum geforderten Zeitpunkt vorgelegt hätte. Vorliegend ist der Angebotsaufforderung jedoch zu entnehmen, dass in Bezug auf fehlende Zulassungen lediglich „projektbezogene und terminrealistische Prozessdarstellungen“ als Unterlagen bzw. Nachweise mit dem Angebot einzureichen waren. Solche Prozessdarstellungen hat die ASt eingereicht. Die im Wege von Aufklärungsschreiben und im Aufklärungsgespräch im Weiteren von der Ag angeforderten Unterlagen, insbesondere Zulassungspläne und -anträge, Bestätigungen von Zulassungsbeteiligten sowie Erprobungsverträge, waren auch nach den übrigen Vergabeunterlagen von den Bietern nicht vorzulegen. Insbesondere mit den Zulassungsstellen abgestimmte Zulassungspläne sind nach der Angebotsaufforderung der Ag vielmehr erst innerhalb von zwei Monaten nach Zuschlag (vom tatsächlichen Auftragnehmer) einzureichen. Auch insoweit ist also ein Ausschluss des Angebots der ASt wegen fehlender geforderter Nachweise nicht gerechtfertigt.

Soweit die Ag schließlich vorbringt, die von der ASt für die Zulassung der LED-Signale eingereichte Prozessdarstellung sei unvollständig, weil sie bestimmte Einzelheiten (insbesondere die Vorbereitungen für eine Erprobung) nicht enthalten würde, ist zunächst festzuhalten, dass die Ag in den Vergabeunterlagen nicht weiter bestimmt hat, welche Detailtiefe bzw. welchen Detaillierungsgrad oder welche konkreten Aspekte die Prozessdarstellung aufweisen soll. Vor dem Hintergrund des aus anderen Gründen gerechtfertigten Angebotsausschlusses kann hier allerdings dahingestellt bleiben, ob allein bereits der Umstand fehlender Detailvorgaben der Ag den Angebotsausschluss vergaberechtswidrig macht. Gleiches gilt für die Frage, ob ein Angebotsausschluss zumindest dann möglich ist, wenn die Ag begründete Zweifel an der Realisierbarkeit des Terminplans hat oder ob ein Ausschluss nur dann erfolgen darf, wenn dessen Voraussetzungen (=begründete Zweifel an der Realisierbarkeit des Terminplans) in den Vergabeunterlagen ausdrücklich genannt sind.

c) Entgegen der Auffassung der Ag ist auch die fehlende Festlegung der ASt in ihrem Angebot auf ein konkretes Unternehmen, von dem sie die LED-Signale beziehen wird, nicht geeignet, einen Ausschluss des Angebots der ASt zu begründen. In ihrem Angebotsanschreiben hat die ASt zwar neben der Bg auch einen weiteren Anbieter als

Bezugsquelle für die fraglichen Signale benannt. Dies ist jedoch unschädlich, da eine Angabe des Herstellers der LED-Signale oder gar der entsprechenden Produktbezeichnung nach den Vergabeunterlagen überhaupt nicht gefordert war. Der Ag ging es in Bezug auf Drittunternehmen nur um die Benennung der Nachunternehmer und der von ihnen übernommenen Leistungsteile. Bei einer fehlenden bzw. hier nicht abschließenden Angabe zur Bezugsquelle der LED-Signale kann es sich somit auch nicht um eine geforderte, aber fehlende Erklärung handeln. Die Nennung zweier Anbieter führt auch nicht zu einer Widersprüchlichkeit des Angebots, die für sich genommen zum Angebotsausschluss führen muss. Denn nach der Konzeption der Vergabeunterlagen, die eine entsprechende Hersteller- oder Produktangabe überhaupt nicht fordern, bleibt es den Bietern und später dem Auftragnehmer überlassen, welche Produkte von welchem Hersteller er einbaut (vorausgesetzt sie sind zugelassen bzw. freigegeben). Die Nennung von Anbietern oder auch deren Verschweigen im Angebot führt daher nicht zu Unklarheiten des vertraglichen Leistungssolls, da dieses nur abstrakt (ohne konkrete Produktangaben) geschuldet ist.

d) Hinsichtlich der Lieferung der LED-Signale ist das Nachunternehmerverzeichnis der ASt auch nicht unvollständig, weil es diesbezüglich keine Angabe und Anbieterbenennung enthält. Maßgeblich dafür, welche Leistungen als Nachunternehmerleistungen im Nachunternehmerverzeichnis im vorliegenden Vergabeverfahren aufzuführen waren, ist entgegen der Ansicht der Ag nicht die Definition des „Unterauftragnehmers“ in einem sehr weitgehenden Sinne, wie sie § 1 Abs. 1 des Modulvertrags enthält, sondern der allgemeine, engere vergaberechtliche Nachunternehmerbegriff. Wie sich aus dem Modulvertrag selbst ergibt (siehe dort § 16), wird der zuvor definierte Begriff des Unterauftragnehmers für die Realisierung der Einzelprojekte (Kapitel I „Projektrealisierung“) und konkret für Regelungen zur Auftragsausführung der Einzelprojekte verwendet, also für die Phase nach Zuschlagserteilung. Zudem verwendete die Ag in der Aufforderung zur Angebotsabgabe gerade nicht den vordefinierten Begriff des „Unterauftragnehmers“ und verwies auch nicht auf die entsprechende Definition in § 1 Abs. 1 des Modulvertrags, sondern bediente sich des im Vertragswerk nicht weiter definierten Begriffs des „Subunternehmers“ bzw. „Nachauftragnehmers“ (NAN). Damit kann aus Sicht des allein maßgeblichen objektiven Empfängerhorizonts nur gefolgert werden, dass der allgemeine Nachunternehmerbegriff gelten soll. Keinesfalls kann den Vergabeunterlagen der – für einen Angebotsausschluss aber erforderliche – unzweifelhafte Schluss gezogen werden, dass neben der

Benennung der eigentlichen Nachunternehmer auch die der Lieferanten „bestimmter Module, Komponenten oder Bauteile“ (vgl. Definition des „Unterauftragnehmers“ in § 1 Abs. 1 des Modulvertrags) gefordert war, zumal in den Vergabeunterlagen an keiner Stelle bestimmt war, welches die Module, Komponenten etc. sind, die einen Lieferanten zum „Unterauftragnehmer“ im Sinne der Begriffsdefinition machen.

Ist somit der allgemeine vergaberechtliche Begriff des Nachunternehmers maßgeblich, ist festzustellen, dass es sich bei der Lieferung der LED-Signale nicht um Nachunternehmerleistungen handelt, sondern – weil es sich eben nur um eine Zulieferung von bestimmten Komponenten handelt und nicht einzelne vom Auftragnehmer geschuldete Leistungsbestandteile betrifft – um vom Begriff der Nachunternehmerleistungen nicht umfasste Lieferleistungen.

e) Da sich die ASt allerdings in ihrem Angebotsanschreiben vorbehält, die ausgeschriebenen Leistungen (mit Ausnahme der ohnehin auf die im Nachunternehmerverzeichnis genannten Nachunternehmer übertragenen Leistungen) selbst zu erbringen oder aber auch die Realisierung ihrem Teilgesellschafter zu überlassen, ist der Angebotsausschluss letztlich zu Recht erfolgt. Denn damit weicht die ASt mit ihrem Angebot von den Vergabeunterlagen ab. Nach diesen war gefordert, dass diejenigen Leistungen, die an einen Nachunternehmer vergeben werden sollen, im Angebot unter Benennung des Nachunternehmers benannt werden sollen. Zwar hat die ASt im Anschreiben ihren Teilgesellschafter namentlich genannt. Dem Angebot ist jedoch nicht zu entnehmen, welche Leistungen bzw. Leistungsteile von diesem Unternehmen übernommen werden sollen. Indem die ASt lediglich mitteilt, dass die „Realisierung ... durch die [ASt] bzw. deren Teilgesellschafter“ erfolge, bleibt völlig unbestimmt, ob und wenn ja, in welchem Umfang der Teilgesellschafter tätig werden soll. Im Ergebnis führt diese Unbestimmtheit dazu, dass die Ag mit Bezuschlagung des Angebots der ASt dieser in Bezug auf den Teilgesellschafter gleichermaßen eine unbeschränkte und pauschale Zustimmung zum Einsatz des Teilgesellschafters als Nachunternehmer erteilt. Dies widerspricht jedoch der Ausschreibungskonzeption, wonach zum einen die Bieter verpflichtet waren, die für Nachunternehmer vorgesehenen Leistungsteile von vornherein konkret im Angebot zu benennen (vgl. Angebotsaufforderung), und zum anderen eine spätere Übertragung von Leistungen auf Nachunternehmer („Unterauftragnehmer“) nach Bezugschlagung der jeweiligen konkreten Zustimmung der Ag nach § 16 Abs. 3 des Modulvertrags bedarf. Von diesen

Ausschreibungsbedingungen weicht das Angebot der ASt ab, indem es die geforderten Festlegungen im Angebot nicht bereitstellt und sich de facto eine Zustimmung des Ag entsprechend § 16 Abs. 3 des Modulvertrags „auf Vorrat“ einholt. Der Umstand, dass es sich bei dem fraglichen Teilgesellschafter um eine der beiden Muttergesellschaften der ASt handelt, lässt auf Seiten des Teilgesellschafters nicht die Fähigkeit entfallen, als Nachunternehmer für die ASt tätig zu werden. Denn auch konzernverbundene Unternehmen sind Nachunternehmen im Sinne des Vergaberechts, wenn sie Nachunternehmerleistungen übernehmen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2010, VII-Verg 18/10).

Eine nachträgliche Korrektur der im Angebotsschreiben abgegebenen Erklärung zur eventuellen Übertragung von Leistungen auf einen Teilgesellschafter auf der Grundlage von § 51 Abs. 2 SektVO scheidet hier aus, denn bei dieser Erklärung handelt es sich nicht um eine fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Erklärung im Sinne der vorgenannten Norm, sondern um ein mit einem Vorbehalt versehenes Angebot.

Dem Angebotsausschluss steht auch nicht entgegen, dass die ASt die verwendete Formulierung bereits in anderen Angeboten gegenüber der Ag, auch im vorliegenden Vergabeverfahren, verwendet hat, ohne dass dies von der Ag beanstandet wurde. Dies kann im Rahmen der vergaberechtlichen Prüfung nicht berücksichtigt werden, da die Einhaltung von vergaberechtlichen Vorschriften nicht durch fehlerhafte Anwendung und daraus entstehenden Vertrauenstatbeständen zu Lasten anderer Bieter abgedungen werden kann. Dies kann allenfalls – im Falle eines Vertrauensschadens – zur Prüfung von zivilrechtlichen Ansprüchen führen.

f) Ist das Angebot der ASt danach zu Recht ausgeschlossen worden, muss zum einen nicht mehr entschieden werden, ob der weitere eingereichte Zulassungsterminplan (Zulassungsanpassung) ausreichend oder defizitär war, wobei auch hier fraglich sein dürfte, unter welchen Bedingungen in Anbetracht der hierzu schweigenden Vergabeunterlagen ein Ausschluss überhaupt erfolgen darf (siehe auch oben lit. c)). Desgleichen muss nicht abschließend entschieden werden, ob die ASt es versäumt hat, mit dem Angebot eine weitere fehlende Zulassung anzugeben und eine entsprechende Prozessdarstellung des beabsichtigten Zulassungsprozesses hierzu vorzulegen; dies würde insbesondere voraussetzen, dass die entsprechenden Leistungen nach den Vergabeunterlagen eindeutig Bestandteil der ausgeschriebenen Leistungen sind bzw.

die Vergabeunterlagen diesbezüglich – nach dem objektiven Empfängerhorizont – ausreichend transparent auf die fraglichen technischen Erfordernisse hingewiesen haben.

III.

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

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht zudem der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, der unterliegenden ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zur Bg begründet, indem sie sich gegen den Ausschluss ihres Angebots aus dem Vergabeverfahren wendet und damit auch die Bg von ihrer bisherigen Zuschlagsposition verdrängen will. Die Bg hat eigene Sachanträge gestellt und sich 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).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich über das in einem Vergabeverfahren Übliche hinausgehende Rechtsfragen, 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.

Der Vorsitzende Behrens ist wegen Ortsab-
wesenheit an der Unterschrift gehindert.

Ohlerich Ohlerich