



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 32/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladener -

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Bober auf die mündliche Verhandlung vom 12. April 2018 am 18. April 2018 beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

3. Die Beigeladene trägt die ihr entstandenen Aufwendungen selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner (Ag) machte am [...] gemeinschaftsweit bekannt.

Die Verfahrensbeteiligten streiten über die Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der Antragstellerin (ASt) und die vom Ag im Leistungsverzeichnis (LV) aufgestellten technischen Anforderungen an ein Türelement in schallschutztechnischer Hinsicht.

1. In der Bekanntmachung, dort Ziff. VI.4.3), wird zur Einlegung von Rechtsbehelfen ausgeführt:

„Solange ein wirksamer Zuschlag (Vertragsschluss) noch nicht erteilt ist, kann als Rechtsbehelf ein Nachprüfungsantrag (...) gestellt werden. Bewerber/Bieter müssen Vergaberechtsverstöße unverzüglich bei der unter I.1 genannten Vergabestelle rügen, bevor sie einen Nachprüfungsantrag stellen. Wir weisen ausdrücklich auf die Antragsfrist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hin.“

Die LV-Positionen 02.01.90 und 02.02.110 lauten auszugsweise wie folgt:

02.01.90	<i>Innentürelement T30/RS¹, Rw,R 47 dB Türblatt HPL Größe 1135/2135 einflg. Stahlumfassungszarge, MW250mm</i> <i>(...)</i> <i>Anforderungen:</i>
----------	---

¹ Tür der Feuerwiderstandsklasse T30 mit Rauchschutzfunktion nach DIN 18095.

	<i>T30/RS 4102-5, DIN EN 1634-1 nach allgemeiner bauaufsichtlicher Zulassung, Rauchschutz RD nach DIN 18095, selbstschließend, Klimaklasse I Beanspruchungsgruppe M Türausführung mit einem bewerteten Schalldämm-Maß DIN 4109 Rw,R 47dB, dichtschießend</i> <i>(...)</i>
<i>02.01.110</i>	<i>Innentürelement mit GA, Rw,R 32 dB (...)</i> <i>Innentürelement mit Glasausschnitt, Stahlzarge, (...)</i>

Im Leistungsverzeichnis wird auf Seite 5 Folgendes ausgeführt:

„3.1.6 Werkstattkonstruktionspläne

Leistungen des Auftragnehmers

(...)

d) Vorlage von Zulassungen / allgemeine bauaufsichtliche Prüfzeugnisse, Produktunterlagen: der Auftragnehmer hat nachzuweisen, dass die Anforderungen an die angebotenen Türen und Gläser bezüglich des Brand-, Rauch- und Schallschutz erfüllt werden. (...)“

Die ASt gab am 15. Dezember 2017 ein Angebot ab. Diesem beigelegt war ein Begleitschreiben, in dem sie ausführte:

„Bitte beachten Sie, dass wir aufgrund der Ausschreibungsunterlagen einige Positionen abweichend angeboten haben. Das betrifft folgende Anforderungen:

LV-Position 2.1.90 – angeboten als T30/RS-Tür mit einem geprüften Schalldämmwert von 50dB, gemäß Ausschreibung soll die Tür 47dB RwR erreichen, was einem RwP-Wert von 52 entspräche. Wir haben keinen Holztürenhersteller ausfindig machen können, der einen höheren Schalldämmwert ohne Verwendung einer Doppeltür erreicht.

LV-Position 2.1.110 – angeboten als Schallschutztür, jedoch nur als Feuchtraumtür, da für diese Position ein Lichtausschnitt vorgesehen ist, der in Nassraum nicht möglich wäre.“

Das Angebot der ASt liegt ausweislich der am 2. Januar 2018 durchgeführten Submission auf Platz 1. Zuschlagskriterium ist allein der Preis.

Der Ag teilte der ASt mit Schreiben vom 9. Februar 2018 gem. § 134 GWB mit, dass deren Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil dieses in der Position 2.1.90 nicht den Anforderungen der Leistungsbeschreibung entspreche. Von der ASt angeboten werde eine Tür mit einem geprüften Schalldämmwert von 50dB,

„gemäß Ausschreibung wird ein Schalldämmwert von 52dB gefordert“

Hierdurch werde das geforderte Schutzniveau in Bezug auf den Schallschutz nicht erreicht, so dass das Angebot nicht gleichwertig sei. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot des Beigeladenen (Bg) zu erteilen.

Hiergegen wandte sich die ASt mit Schreiben vom 13. Februar 2018. Sie wies darauf hin, dass auch mit dem von ihr angebotenen Türelement der Fa. [...] ein Schalldämmwert von $R_{w,R} 47$ dB auf der Baustelle erreicht werden könne, sofern die Tür perfekt eingebaut werde, was die ASt zusichere. Sie habe in dem Begleitschreiben zum Angebot lediglich darauf hingewiesen, dass kein Hersteller mit einem T30/RS-Türelement einen höheren Schalldämmwert als 50dB $R_{w,P}$ ohne Verwendung einer Doppeltür erreichen könne. Die Leistungsbeschreibung enthalte keine Vorgabe, dass eine Tür mit einem geprüften Schalldämmwert von 52dB $R_{w,P}$ einzubauen sei, sondern fordere ein Schalldämmmaß von 47 dB $R_{w,R}$. Der Prüfwert dürfe vom Ag daher nicht zur Begründung des Ausschlusses herangezogen werden. Der Ag lehnte es mit Schreiben vom 5. März 2018 ab, der Rüge zu entsprechen, die ASt sei mit ihrem Angebot von den Vorgaben abgewichen und habe erst mit ihrem Angebot auf die vermeintliche Unklarheit hingewiesen.

2. Mit einem am 20. März 2018 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Dieser wurde dem Ag am gleichen Tag übermittelt.

- a) Die ASt trägt vor, dass der Ag sie zu Unrecht ausgeschlossen habe, da die ASt keine Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen, sondern nur auf die geprüften Schalldämmwerte, wie sie sich aus den aktuellen Prüfzeugnissen ergebe, hingewiesen habe. Der Ausschluss aufgrund der Nichteinhaltung des Wertes von 52dB $R_{w,P}$ beruhe zudem auf einer fehlerhaften, weil unmöglich zu erfüllenden technischen Spezifikation des Ag. Daher sei die Ausschreibung jedenfalls aufgrund einer unmöglichen Anforderung in Bezug auf das Türelement zurückzusetzen. Im Einzelnen:

Die ASt habe in ihrem Begleitschreiben zum Angebot zu Recht darauf hingewiesen, dass es keine Innenraumtür gebe, welche die Anforderungen in der LV-Pos. 2.1.90 – so wie sie der Ag seiner Ausschlussentscheidung zugrundegelegt habe – einhalte. Entgegen der Ansicht des Ag könne auch der Hersteller [...] die vermeintliche Vorgabe in Bezug auf die geprüfte Schalldämmung (52dB $R_{w,P}$) nicht erfüllen. Bei der geforderten T30/RS-Tür ergebe sich ausweislich der Prüfzeugnisse ein Schalldämmmaß von maximal 50dB $R_{w,P}$ (Bezeichnung von [...]: HT70-5, von [...]: SD-50). Die aktuellste Produktübersicht von [...] (vorgelegt als Anlage ASt 13) weise lediglich einen Prüfwert in dieser Höhe aus. Die vom Ag vorgelegte Produktübersicht von [...] sei veraltet. Einen höheren geprüften Schalldämmwert als 50dB $R_{w,P}$ könne nur durch Verwendung einer Doppeltür erreicht werden. Allein diese Aussage sollte im Begleitschreiben von der ASt zum Ausdruck gebracht werden. Weder sei von ihr eine Unterschreitung des Schallschutzes auf nach Einbau i.H.v. 47dB $R_{w,R}$ angekündigt noch eine Doppeltür angeboten worden.

Man könne mit dem von der ASt angebotenen Element auf der Baustelle auch tatsächlich einen Wert von 47dB erreichen, da der mittelbar geforderte Wert 50dB nur ein sich aus der DIN 4109 ergebender rechnerischer Prüfwert sei, bei dem grundsätzlich ein Vorhaltewert von 5dB zu berücksichtigen sei. Die Einhaltung der Forderung habe die ASt in ihrem Rügeschreiben auch nochmals ausdrücklich bestätigt. Der Ag hätte das Angebot der ASt, hier den Hinweis im Begleitschreiben, in diesem Lichte auslegen müssen. Die ASt habe gerade nicht zum Ausdruck gebracht, dass das von ihr angebotene Produkt das geforderte Dämmmaß von 47dB $R_{w,R}$ nach dem Einbau nicht einhalten werde. Denn sie habe in ihrem Begleitschreiben nur auf den geprüften Wert $R_{w,P}$ hingewiesen. Der Ag könne das Angebot der ASt daher nicht zu deren Lasten so auslegen, dass die ASt auf der

Baustelle auch das Maß von 47dB $R_{w,R}$ nicht einhalten werde. Im eingebauten Zustand halte die von der ASt angebotene Tür durchaus diesen Schalldämmwert ein. Damit sei auch die Gebrauchstauglichkeit gleichwertig. Die ASt weiche daher auch nicht von den Vorgaben des Ag ab. Dies bestätige der Ag auch implizit durch ihren Vortrag, indem er ausführe, dass unter optimalen Bedingungen auch bei dem von der ASt angebotenen Produkt ein Rechenwert von 47dB $R_{w,R}$ erreicht werden könne.

Da folglich auch der Bg – wie im Übrigen auch alle anderen Bieter – bei der Fa. [...] keine ausschreibungskonformen Tür mit einem geprüften Wert von 52dB $R_{w,P}$ erhalten könne, könne diesem ebenfalls nicht der Zuschlag erteilt werden. Es dürfe der ASt nicht zum Nachteil gereichen, dass sie als einzige Bieterin darauf hingewiesen habe, dass für das T30/RS-Türelement kein Prüfzeugnis mit einem höheren Schalldämmmaß als 50dB $R_{w,P}$ vorgelegt werden könne. Ohnehin sei dies erst vom späteren Auftragnehmer vorzulegen, da erst zu diesem Zeitpunkt der Nachweis der Schallschutzeinhaltung erbracht werden müsse. Mit ihrem Hinweis habe die ASt nur vermeiden wollen, dass der Ag vermeintlich unzureichende Prüfzeugnisse bei der Auftragsdurchführung moniere und daher schon im Angebot auf die Prüfzeugnis-Situation hinweisen wollen.

Der Ag habe hilfsweise eine unerfüllbare Anforderung aufgestellt, da T30/RS-Türen mit einem Schalldämmwert von 52dB $R_{w,P}$ nicht existierten. Sollte die ASt daher auszuschließen sein, müsste die Ausschreibung insgesamt aufgehoben werden.

Die ASt sei mit ihrem Vortrag auch nicht präkludiert. Da auch mit der von der ASt angebotenen Tür ein Wert von 47dB $R_{w,R}$ auf der Baustelle erreicht werden könne, sei aus Sicht der ASt kein Vergaberechtsverstoß zu rügen gewesen, sondern auf die Prüfberichtssituation bei der späteren Nachweisführung hinzuweisen gewesen. Es existiere daher kein Grundfehler, der bis zum Ablauf der Angebotsabgabefrist hätte gerügt werden oder zumindest einer Bieterfrage hätte zugeführt werden müssen. Dies werde auch dadurch bestätigt, dass kein anderer Bieter diese Vorgabe gerügt habe. Die ASt habe zudem bis zur Frist für die Angebotsabgabe auf die fehlerhafte technische Spezifikation hingewiesen, indem sie in ihrem Begleitschreiben die nicht zu erfüllenden Anforderungen benannt habe. Dieser Hinweis sei zutreffend. Ihren Angebotsausschluss als einzigen zu rügenden Verstoß des Ag habe die ASt ebenfalls

innerhalb der 10-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB und damit rechtzeitig gerügt.

Die ASt beantragt,

1. den Ag zu verpflichten, der ASt den Zuschlag für das Gewerk Holzinntüren [...] zu erteilen;
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt wird für notwendig erklärt.
4. Dem Ag werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt auferlegt.

Hilfsweise beantragt die ASt,

1. dem Ag zu untersagen, in dem Vergabeverfahren [...] den Zuschlag dem Bg zu erteilen.
2. Der Ag wird verpflichtet, die Ausschreibung aufzuheben und ggf. neu auszuschreiben.

b) Der Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag vom 20. März 2018 wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Ag.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Ag wird für notwendig erklärt.

Der Ag trägt vor, dass der Hauptantrag bereits unzulässig sei, da die ASt den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß – die unerfüllbare Vorgabe in der Position

2.1.90 – nicht vor Angebotsabgabe gerügt habe. Auf den später vorgenommenen Ausschluss aufgrund der Abweichung komme es nicht mehr an, da die ASt schon den „Grundfehler“ nicht vor Angebotsabgabe angegriffen habe und sie damit auch in Bezug auf den „Folgefehler“ präkludiert sei. Das Abverlangen unerfüllbarer Forderungen sei auch für ein Unternehmen erkennbar. Das mit dem Angebot eingereichte Begleitschreiben erfülle zudem weder inhaltlich die Mindestanforderungen an eine Rüge noch habe es vom Ag vor Ablauf der Angebotsabgabefrist geöffnet und zur Kenntnis genommen werden dürfen, so dass es auch zeitlich nicht innerhalb der Frist zugegangen sei.

Unerheblich sei, dass in der Bekanntmachung nicht auf die sämtliche Rügetatbestände des § 160 Abs. 3 GWB hingewiesen bzw. mit § 107 GWB a.F. die Vorgängernorm in Bezug genommen worden sei. Denn bei § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 3 GWB handele es sich nicht um Rechtsbehelfsfristen, so dass diese nach den Vorgaben für die Erstellung der Bekanntmachung auch nicht anzugeben gewesen seien.

Jedenfalls hätten die vermeintlichen Unklarheiten nach den Vorgaben der Vergabeunterlagen einer Klärung durch den Auftraggeber zugeführt werden müssen, was die ASt unterlassen habe.

Der Hauptantrag sei auch in der Sache unbegründet.

Der im Positionstext angegebene Rechenwert bezüglich des Schalldämm-Maßes („Rw,R“) benenne die Anforderung an das Bauelement im betriebsfertig eingebauten Zustand und stelle den um ein Vorhaltemaß verminderten Prüfwert dar (Rw,P). Dieser sei das Ergebnis der Eignungsprüfung des Bauteils in einem Prüfstand. Da bei diesem u.a. der Einfluss von anderen Bauteilen (Wand, Decke etc.) unterdrückt werde, sei das Vorhaltemaß eingeführt worden, um sich den realen Ergebnissen auf der Baustelle anzunähern. Nach der DIN 4109 betrage das Vorhaltemaß im „Schallschutz im Hochbau“ 5 dB.

Dass das geforderte Schalldämmmaß von 47dB Rw,R erreicht werde, habe gem. Ziff. 3.1.6 des Leistungsverzeichnisses der „*Auftragnehmer*“ nachzuweisen, nicht „*der Bieter*“. Die ASt habe daher keine Veranlassung gehabt, bereits mit Angebotsabgabe

einen Nachweis oder – wie vorliegend – eine Erklärung über die Einhaltung des Schallschutzes zu erbringen.

Der Ag habe die Rüge der ASt zum Anlass genommen, die Erfüllbarkeit der von ihr aufgestellten Anforderung zu überprüfen. Im Zeitpunkt der Angebotsabgabe habe die Fa. [...] ausweislich der im Internet abrufbaren Datenblätter ein Türelement (HT 70-5) im Portfolio gehabt, welches einen erreichbaren Schalldämmwert von 47dB Rw,R mit einem geprüften Wert von 52dB Rw,R ausgewiesen habe. Dies ergebe sich sowohl aus der alten, wie auch aus der neu im Internet zugänglichen Produktübersicht (Anlagen Ag 2 und 4). Gegenteiliges ließe sich auch dem von der ASt vorgelegten Prüfzeugnis des [...] vom 14. September 2015 nicht entnehmen, da sich dieses nicht zum Rw,R-Wert verhalte. Auf die im Laufe des Nachprüfungsverfahrens vorgelegte von der Fa. [...] im April 2018 aktualisierte Produktübersicht (Anlage ASt 13) komme es ebenfalls nicht an. Die ASt habe unstreitig gestellt, dass auch mit einem Schalldämmwert von 50dB Rw,P unter optimalen Bedingungen ein Wert von 47dB Rw,R erreicht werden könne. Hierzu habe sich die ASt in ihrem Angebot jedoch nicht ausdrücklich verpflichtet, sondern vielmehr einen Vorbehalt zum Ausdruck gebracht, dass sie abweichend von den Vorgaben anbiete. Der im Angebot der ASt ausgewiesene Wert Rw,P 50dB sei ausdrücklich als in Abweichung zum vorgegebenen Wert von Rw,R 47dB bezeichnet worden.

Soweit die ASt vorgetragen habe, dass das von ihr angebotene Türelement der Fa. [...] den geforderten Wert 47dB Rw,R erreiche, sei dies nicht glaubhaft und werde vom Ag mit Nichtwissen bestritten. Das einzig in Betracht kommende Element SD 50 weise nach dem Schallschutzhandbuch dieses Herstellers lediglich einen Rw,R-Wert von 45dB aus.

Soweit die ASt auf die Gleichwertigkeit des von ihr angebotenen Türelements verweise, verfange dies schon deshalb nicht, weil der Ag mit der Vorgabe Rw,R 47dB eine individuelle Anforderung und gerade keine technische Spezifikation aufgestellt habe, welche einen Gleichwertigkeitsnachweis im Sinne des § 7a EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A erlauben würde.

Die ASt habe aus Sicht des Ag in ihrem Begleitschreiben zum Angebot zum Ausdruck gebracht, dass sie mit dem von ihr unter der Pos. 2.1.90 angebotenen Türelement den vom Ag vorgegebenen Wert von 47dB Rw,R nicht erreichen werde.

Aufgrund dieser Abweichung sei die ASt zwingend auszuschließen. Eine Auslegung des Angebots der ASt komme nicht in Betracht, da sie ausdrücklich erklärt habe „*einige Positionen abweichend angeboten*“ zu haben. Dies habe sich auch auf den umstrittenen Schalldämmwert 47dB Rw,R bezogen, was – so die ASt – einem „Rw,P Wert von 52dB entspreche. Aus Sicht des Ag habe die Aussage der ASt nur dahingehend interpretiert werden können, dass mit dem von der ASt angebotenen Türelement (50dB Rw,P) der geforderte Schallwert von 47dB Rw,R nicht erreicht werden könne, sondern von einem Wert von 45dB Rw,R auszugehen sei.

Zwar habe der Ag die ASt nach dem Wortlaut des Schreibes nach § 134 GWB wegen des Nichterreichens des geforderten (geprüften) Schalldämmwerts von 52dB ausgeschlossen. Da eine solche Forderung jedoch nicht aufgestellt worden sei, sei das Ausschlusschreiben des Ag vom 9. Februar 2018 dahingehend auszulegen, dass die ASt wegen der nicht vorbehaltlosen Akzeptanz der Vorgabe von 47dB Rw,R auszuschließen sei.

Letztlich seien die nachträglich abgegebenen Erklärungen der ASt ungeeignet, diese vorbehaltlose Verpflichtung zur Einhaltung der Vorgaben zu ersetzen; insbesondere komme es auf die im Rügeschreiben abgegebene diesbezügliche Zusicherung nicht mehr an. Eine Auslegung des Angebotsinhalts unter Einschluss nachträglicher Äußerungen komme überdies nur dann in Betracht, wenn die Einlassungen einen tatsächlichen Rückschluss auf den Angebotsinhalt zuließen; dies sei vorliegend nicht der Fall, da sich weder dem Angebot selbst noch sonstigen Bestandteilen die Erfüllung der Vorgabe entnehmen lasse.

Der Hilfsantrag der ASt, gerichtet auf Aufhebung der Ausschreibung sei ebenfalls unzulässig, da die ASt die Unerfüllbarkeit der Anforderung – wie bereits ausgeführt – nicht gerügt habe. Im Übrigen sei der Vortrag auch in der Sache unzutreffend und von der ASt im Gegenteil sogar unstrittig gestellt worden, da sie selbst von einem Erreichen der 47dB Rw,R nach dem Einbau der Tür ausgehe.

- c) Durch Beschluss vom 23. März 2018 wurde der Bg zum Verfahren hinzugezogen.

Der Bg beteiligte sich nicht am Nachprüfungsverfahren und nahm auch an der mündlichen Verhandlung nicht teil.

3. Der ASt wurde in Absprache mit dem Ag Akteneinsicht gewährt. In der mündlichen Verhandlung vom 12. April 2018 wurde der Sachverhalt mit den Verfahrensbeteiligten umfassend erörtert. Einigkeit zwischen den Verfahrensbeteiligten wurde jedenfalls insoweit erzielt, als dass mit einem Türelement, welches über einen geprüften Schalldämmwert von (lediglich) 50dB Rw,P verfügt, bei einem entsprechend optimalen Einbau der in der Pos. 2.1.90 geforderte Wert von 47dB Rw,R erreicht werden kann.
4. 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.

1. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Auftrag oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts – unter Berücksichtigung der Gesamtbaumaßnahme, liegen vor.
- a) Die ASt ist auch antragsbefugt gem. § 160 Abs. 2 GWB. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch die Abgabe eines Angebots sowie durch die Rüge bzw. die Stellung des Nachprüfungsantrags hinreichend dokumentiert. Die ASt macht auch eine Verletzung in ihren Rechten geltend, da ihr Angebot aus ihrer Sicht zu Unrecht ausgeschlossen wurde. Als preislich führende Bieterin droht ihr durch den Angebotsausschluss auch ein Schaden.
- b) Die ASt hat ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB insofern Genüge getan, als sie den ihr am 9. Februar 2018 mitgeteilten Ausschluss gegenüber

dem Ag mit Schreiben vom 13. Februar 2018 gerügt und damit innerhalb der 10-Tages-Frist als vergaberechtswidrig geltend gemacht hat.

Ob die ASt mit einer Rüge gegen die Unerfüllbarkeit der Vorgabe eines Prüfwertes von 52dB Rw,P präkludiert ist, wie der Ag schriftsätzlich vorgetragen hat, ist nicht mehr entscheidungserheblich, da die Verfahrensbeteiligten unstreitig gestellt haben, dass die Vorgabe eines Schalldämmwertes von 47dB Rw,R nach dem Einbau auch mit einem geprüften Laborwert von lediglich 50dB Rw,P erreicht werden kann. Ein zu rügender Verstoß liegt daher nicht vor. Darauf, dass die ASt auf diesen Umstand erst im Begleitschreiben zu ihrem Angebot hingewiesen hat (vgl. hierzu 2. VK Bund, Beschluss vom 18. August 2017, VK2-82/17), kommt es ebenfalls nicht mehr an.

Daher kann auch dahinstehen, ob die Angaben in der Bekanntmachung zur „Einlegung von Rechtsbehelfen“, welche partiell auch die Rügeobliegenheit der Bieter erwähnte, aufgrund ihrer inhaltlichen Fehler („unverzögliche“ Rügeerhebung) und der Bezugnahme auf die Vorgängernorm des § 160 Abs. 3 GWB (§ 107 Abs. 3 GWB a.F.) überhaupt den Lauf der Fristen des § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB in Gang setzen konnten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet, weil der Ag das Angebot der ASt zu Unrecht wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen gemäß § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A von der Wertung ausgeschlossen hat, ohne die zugrundeliegenden Umstände, die zu einem Widerspruch zwischen der vorbehaltlosen Bepreisung des Leistungsverzeichnisses und den Erklärungen der ASt im Anschreiben geführt haben, vor der Entscheidung über den Ausschluss des Angebots bei der ASt aufzuklären.
 - a) In der LV-Pos. 2.1.90 fordert der Ag ein Innentürelement der Feuerschutzklasse T30/RS, mit einem Schallschutz von Rw,R 47 dB, d.h. nach Einbau des Elements. Einerseits hat die ASt das Leistungsverzeichnis einschließlich dieser LV-Position vorbehaltlos bepreist. In diesem vorbehaltlosen Bepreisen liegt, wie stets beim korrekten Ausfüllen eines Leistungsverzeichnisses, eine Angebotserklärung dahin, so anzubieten wie der Auftraggeber vorgegeben hat.

In ihrem Begleitschreiben zum Angebot hat die ASt jedoch andererseits Abweichungen gerade in Bezug auf den geforderten Schallschutz u.a. in der LV-Pos. 2.1.90 angekündigt. Bei dieser Angebotslage ist einerseits denkbar, dass die ASt –

so ihre Einlassung im Nachprüfungsverfahren – eine Abweichung zudem geprüften (Rw,P)-Wert zum Ausdruck bringen wollte, den in der LV-Pos. 2.1.90 geforderten Wert von 47dB Rw,R (nach Einbau) jedoch nicht in Frage stellen wollte. Hierfür spricht, dass sie die Abweichung in Bezug auf den Prüfwert voranstellt und anschließend aus dem geforderten Rechenwert und dem nach der DIN 4109 anzulegenden Vorhaltemaß (5dB) die mittelbare Forderung nach einem Prüfwert von 52dB errechnet, welcher jedoch – so die ASt – mangels existentem Produkt nicht einzuhalten sei.

Andererseits ist auch das Verständnis des Ag, die ASt habe durch ihre Darstellung der Berechnung mittelbar auch in Bezug auf den geforderten Rw,R-Wert von 47dB eine Abweichung in den Raum gestellt, nicht von der Hand zu weisen. Denn die ASt hat – quasi vor die Klammer gezogen – zunächst eindeutig „Abweichungen“ angekündigt. Außerdem ist es zumindest nicht abwegig anzunehmen, dass sich aus dem nach der Marktlage allein anbietbaren Prüfwert von 50dB Rw,P unter Abzug des Vorhaltemaßes i.H.v. 5dB auch nur ein Rechenwert nach Einbau von 45dB Rw,R und damit eine Unterschreitung der Vorgabe des Ag ergeben könnte. So lassen sich im Übrigen auch die Handbücher bzw. Produktblätter der Hersteller interpretieren.

Dieser Widerspruch im Angebot der ASt lässt sich durch eine Auslegung des Wortlauts der Erklärung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB letztlich nicht sicher beseitigen. Denn die ASt hat weder eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie die geforderten 47dB Rw,R trotz geringerem Prüfwert (50 statt 52dB) einhalten werde noch ist dem Wortlaut mit Sicherheit zu entnehmen, dass die skizzierte Abweichung beim Prüfwert auch automatisch auf den Schalldämmschutzwert nach Einbau des Türelements durchschlagen wird (45 statt 47 dB). Das Angebot ist folglich widersprüchlich.

- b) Da die Bedeutung der Erklärung der ASt in ihrem Begleitschreiben im Wege der Auslegung somit nicht zweifelsfrei zu ermitteln ist, war der Ag nach § 15 Abs. 5 Satz 1 VgV hier nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, von der ASt Aufklärung über das Angebot zu verlangen. Nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A darf sich der Auftraggeber bis zur Auftragserteilung bei einem Bieter jederzeit Aufklärung u.a. über das Angebot selbst sowie über die geplante Art der Durchführung verschaffen. Echte Verhandlungen über das Angebot sind wegen des Nachverhandlungsverbots, § 15

EU Abs. 3 VOB/A unstatthaft, da das eingereichte Angebot nicht mehr abgeändert werden darf. Gemäß der Intention, Angebotsausschlüsse aus lediglich formalen Gründen nach Möglichkeit zu vermeiden, darf der öffentliche Auftraggeber Angebote, die wegen widersprüchlicher Angaben an sich ausschlusswürdig bzw. -bedürftig sind, nicht ohne Weiteres von der Wertung ausnehmen, ohne den von einem Ausschluss seines Angebots bedrohten Bieter zuvor zu einer Aufklärung über den Inhalt des Angebots aufgefordert und ihm Gelegenheit gegeben zu haben, den Tatbestand der Widersprüchlichkeit nachvollziehbar auszuräumen (so grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015 - Verg 35/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Mai 2016 – Verg 50/15; vgl. a. OLG Oldenburg, Beschluss vom 25. April 2017, 6 U 170/16 zur „Nachforderung“ der Aufhebung einer Sperrvermerkserklärung auf der Urkalkulation durch den Bieter, um einen formalen Mangel zu beseitigen).

- c) Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass sich letztlich erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens herausgestellt hat, dass der Ag von falschen Vorstellungen über den im Markt verfügbaren geprüften Schalldämmwert ausgegangen ist und letztlich auch den Ausschluss des Angebots der ASt fälschlicherweise auf eine Abweichung vom Prüfwert von 52dB Rw,P gestützt hat. Da offenbar die öffentlich verfügbaren Daten der Fa. [...] unzutreffend waren, ist der Ag selbst von höheren, nicht existenten Prüfwerten ausgegangen. Angesichts dessen, dass nach nunmehr gesicherter Erkenntnis ein Türelement mit diesem hohen Prüfwert nicht existent ist, hätte der Ag seine ursprüngliche Sichtweise von der Erklärung der ASt in ihrem Begleitschreiben hinterfragen müssen und die potentiell von der ASt erklärte „Abweichung“ im Wege der Aufklärung auf den nicht erfüllbaren Prüfwert zurückführen können.
- d) Hielte der Ag ihre ursprüngliche Auffassung, wie sie in der Ausschlussentscheidung zulasten der ASt zum Ausdruck gekommen ist, aufrecht, müssten konsequenterweise alle Angebote ausgeschlossen werden, da kein Bieter einen Prüfwert von 52dB angeboten haben kann. Der Ag hat diesen Prüfwert auch an keiner Stelle gefordert. Dass die ASt in ihrem Angebot erklärt hat, nur ein Element mit einem geprüften Wert von 50dB Rw,P anbieten zu können, kann somit nicht ausschlussbegründend sein.
- e) Letztlich hat auch der Bg im Wege der Aufklärung durch die Angabe des Türenherstellers ein Türelement identifiziert, das einen maximalen Rw,R-Wert von

45dB ausweist. Alle anderen Bieter haben ebenfalls nur Türelemente angeboten, die diesen Rechenwert belegen können. Aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten ist daher nicht ersichtlich, weshalb der Ag beim Bg diese Aussage akzeptiert, bei der ASt bei identischer Datenlage des Türelements davon ausgeht, dass diese die geforderten 47dB Rw,R beim Einbau nicht einhalten werde und damit abweichend angeboten habe.

- f) Die ASt ist daher zu einer Aufklärung des Angebots aufzufordern, soweit der Ag die im Nachprüfungsverfahren von ihr abgegebenen Erklärungen in Bezug auf das Begleitschreiben und seine Rolle bei der Einhaltung des geforderten Schalldämmwertes für weiter aufklärungsbedürftig hält. In diesem Fall ist der ASt Gelegenheit zu geben, die Widersprüchlichkeit nachvollziehbar auszuräumen (OLG Düsseldorf vom 21. Oktober 2015 sowie vom 11. Mai 2016, a.a.O.; vgl. ferner Beschluss vom 2. August 2017, VII-Verg 17/17; Beschluss vom 28. November 2016, VII-Verg 20/16;; vgl. auch KG, Beschluss vom 7. August 2015, Verg 1/15).

III.

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

Danach hat der Ag als unterliegende Verfahrensbeteiligte sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

Der Bg hat sich nicht am Verfahren beteiligt, keine Schriftsätze eingereicht oder keine Anträge gestellt und damit auch kein Kostenrisiko auf sich genommen. Daher ist er nicht als zusammen mit dem Ag unterliegende Partei anzusehen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich u.a. hinsichtlich der Auslegung von Angeboten komplexe Rechtsfragen, die eine 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.

Dr. Herlemann

Zeise