

**2. Vergabekammer  
des Landes Hessen**

**69d - VK 2 – 40 /2020**



**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

**- Antragstellerin –**

gegen

**- Antragsgegner und Vergabestelle –**

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen:

Bauvorhaben A7-Neubau

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Oberamtsrätin Denz-Kinzel am 7. Oktober 2020 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von € festgesetzt, die die Antragstellerin zu tragen hat.
3. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb die Verkehrssicherung für das Bauvorhaben „

“ als Fachlos im Wege des offenen Verfahrens europaweit aus. Die Absendung der Bekanntmachung erfolgte am 22. Juli 2020. Gegenstand der Ausschreibung im Hinblick auf die Verkehrssicherung ist insbesondere das Aufstellen und Vorhalten von transportablen Schutzeinrichtungen. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 27. August 2020, 10:00 Uhr.

Nach den Ausschreibungsunterlagen müssen die transportablen Schutzeinrichtungen zum einen die Voraussetzungen der DIN EN 1317 erfüllen und darüber hinaus die zusätzlichen Anforderungen für transportable Schutzeinrichtungen, die in der TL-Transportable Schutzeinrichtung 97 formuliert sind. Hinsichtlich der zusätzlichen Anforderungen nach dieser TL-Transportable Schutzeinrichtungen 97 liegen keine europäischen Spezifikationen vor. Unter Ziffer 7 „technische Spezifikationen“ der besonderen Vertragsbedingungen (Ordner 2, Blatt 178 der Vergabeakte) heißt es:

*„Soweit im Leistungsverzeichnis auf Technische Spezifikationen (z.B. Nationale Normen, mit denen europäische Norm umgesetzt werden, europäische technische Bewertungen, gemeinsame technische Spezifikationen, internationale Normen) Bezug genommen wird, werden auch ohne den ausdrücklichen Zusatz „oder gleichwertig“ immer gleichwertige Technische Spezifikationen in Bezug genommen.“*

Unter Abschnitt 3 des Dokumentes „Vorzulegenden Unterlagen“ (Ordner 2, Blatt 163 und 164 der Vergabeakt) sind Unterlagen aufgeführt, die auf Verlangen der Vergabestelle vorzulegen sind. Unter dem Unterpunkt „Leistungsbezogene Unterlagen“ heißt es:

*„Vorlegen des gem. 3.1 der TL-transportablen Schutzeinrichtungen geforderten Begutachtungsschreiben der BAST“*

Die Antragstellerin, ein inländisches Unternehmen, beteiligte sich am Vergabeverfahren. Die Antragstellerin beantragte im März 2019 bei der Bundesanstalt für Straßenwesen die Durchführung des Begutachtungsverfahrens für eines ihrer eigenen Schutzwandsysteme. Am 19. August 2020 richtete sie über die Vergabepattform des Antragsgegners folgende Bieterfrage an diesen:

*„[...] bei der hiesigen Ausschreibung werden transportable Schutzeinrichtungen (tSE) gefordert, die der TL- Transportable Schutzeinrichtungen 97 entsprechen. Dies wird so verstanden, dass – wenn eine Prüfung der tSE nach DIN EN 1317-2 erfolgreich durchgeführt wurde, jedoch kein Prüfzeugnis der BAST – und kein Eintrag in der BAST-Liste-vorliegt, ein Gleichwertigkeitsnachweis gemäß der TL durch Einzelnachweis erbracht werden kann. Es fehlt der Zusatz „oder gleichwertig“. Wir bitten daher um entsprechende Bestätigung“.*

Die Bieterfrage beantwortete der Antragsgegner über die Vergabepattform am 20. August 2020 wie folgt:

*„In der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist unter den „Vorzulegenden Unterlagen – Abschnitt 3“ klar geregelt, dass ein Begutachtungsschreiben*

*der BAST als Eignungsnachweis auf Verlangen der Vergabestelle vorzulegen ist. Der Zusatz „oder gleichwertig“ ist aus vorgenanntem Grund nicht notwendig“.*

Am 20. August 2020 rügte die Antragstellerin über die Vergabepattform die Forderung eines Eignungsnachweises ausschließlich durch die BAST als vergaberechtswidrig und wies auf § 7a EU Abs. 2 VOB/A hin. Mit Schreiben vom 21. August 2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, der Rüge nicht abzuhelfen, weil gemäß TL Transportable Schutzeinrichtungen, Nr. 3.1, die Vertragsbestandteil sei, die Eignung einer transportablen Schutzeinrichtung durch ein Prüfzeugnis aufgrund einer Eignungsprüfung der Bundesanstalt für Straßenwesen (BAST) nachzuweisen (Begutachtungsschreiben) sei.

Mit Schriftsatz vom 21. August 2020, bei der Vergabekammer am 24. August 2020 eingegangen, beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Antragstellerin reichte ihr Angebot bis zum Eröffnungstermin am 27. August 2020 fristgerecht ein. Da sie derzeit nicht über ausreichende von der BAST bereits begutachtete Schutzwände ihres eigenen Systems verfüge, habe sie, um ein Angebot legen zu können, auf Anbieter zurückgreifen müssen, die über von der Bundesanstalt für Straßenwesen begutachtete Schutzwände verfügen. Dies habe ihr Angebot entsprechend verteuert. Das Begutachtungsverfahren, das die Antragstellerin Anfang März 2019 bei der Bundesanstalt für Straßenwesen für ihre eigenen Schutzwandsysteme beantragt hatte, ist noch nicht abgeschlossen.

Die Antragstellerin legte der Vergabekammer mit Schreiben vom 1. Oktober 2020 zwei Prüfzeugnisse mit Datum vom 3. September 2020 und 8. September 2020 vor, die bescheinigen, dass die von der Antragstellerin bevorrateten, aber noch nicht von der Bundesanstalt für Straßenwesen begutachteten und daher von der Antragstellerin in dem vorliegenden Vergabeverfahren nicht angebotenen Schutzeinrichtungen den Anforderungen der TL -Transportable Schutzeinrichtungen 97 entsprechen.

Ihren Nachprüfungsantrag begründete die Antragstellerin zunächst damit, dass die Forderung des Antragsgegners nach einem Begutachtungsschreiben der Bundesanstalt für Straßenwesen vergaberechtswidrig sei, weil der Hinweis fehle, dass auch gleichwertige Produkte angeboten werden könnten. Im Folgenden führte sie aus, der Antragsgegner habe auch Leistungen zuzulassen, die nicht exakt die geforderten

technischen Spezifikationen oder Anforderungen erfüllten, sofern in geeigneter Form nachgewiesen werde, dass die angebotene Leistung den vom Antragsgegner in Bezug genommenen technischen Spezifikationen bzw. Anforderungen entspreche.

Als geeignete Nachweismittel könnten technische Herstellerbeschreibungen oder Prüfberichte anerkannter Fachstellen dienen. Mit Vorlage derartiger Nachweise könne die Gleichwertigkeit der Leistung nachgewiesen werden. Sie, die Antragstellerin, habe deshalb kein wirtschaftlicheres Angebot abgeben können, weil sie gezwungen war in ihren Angebotspreis die Kosten für Subunternehmer einzukalkulieren, die über bereits von der Bundesanstalt für Straßenwesen begutachtete Schutzwände verfügten.

Mit Schriftsatz vom 1. Oktober 2020 führte die Antragstellerin aus, die vom öffentlichen Auftraggeber geforderte Nachweiserbringung müsse für den Bieter auch zumutbar sein. Da die Angebotsfristen nicht der Bearbeitungszeit der Bundesanstalt für Straßenwesen angeglichen seien, würden neue Schutzwandsysteme, die die technischen Spezifikationen erfüllten, vom Wettbewerb ausgenommen, was eine erhebliche Benachteiligung von Herstellern neuer Schutzwandsysteme darstelle. Aus diesem Grund seien auch gleichwertige Nachweise zuzulassen, was vorliegend jedoch nicht der Fall sei. Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist.
2. Den Antragsgegner zu verpflichten, die festgestellten Mängel unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu heilen. Da von einem fortbestehenden Beschaffungsbedarf ausgegangen werden kann, kommen eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe oder eine Neuausschreibung nach Aufhebung in Betracht, beides auf der Grundlage einer um unzulässige produktbeschränkende Vorgaben bereinigten und unter Aufgabe der Forderung der Erbringung des Eignungsnachweises durch ein Begutachtungsschreiben der Bundesanstalt für Straßenwesen.

Hilfsweise zu Antrag 2 wird beantragt:

Der Antragsgegner wird verpflichtet, das Vergabeverfahren bei Fortbestehen der Vergabeabsicht in den Stand nach Vergabebekanntmachung zurückzusetzen und das Vergabeverfahren beginnend mit der Zusendung der Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

Er ist der Auffassung, es fehle an der hinreichenden Darlegung eines Schadens, weil der Vortrag der Antragstellerin im Hinblick auf ihre Schutzwandkapazitäten völlig unsubstantiiert sei und sie sich im Übrigen von einem von der Bundesanstalt für Straßenwesen gelisteten Hersteller die nach der Ausschreibung geforderten Schutzeinrichtungen beschaffen könne.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet. Insoweit wird auf die Republik des Antragsgegners vom 15. September 2020 (Seiten 8 bis 14) Bezug genommen.

Die Vorsitzende hat die Entscheidungsfrist gemäß § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB einmal verlängert, weil sowohl der Antragsgegner als auch die Antragstellerin jeweils Fristverlängerungen beantragt hatten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie auf die vom Antragsgegner vorgelegte Vergabeakte, bestehend aus Ordner 1 (Blatt 1 bis 802) und Ordner 2 (Blatt 1 bis 637) Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist sowohl im Haupt- als auch im Hilfsantrag (dazu III.) unzulässig. Die Vergabekammer hat daher nach Aktenlage entschieden, § 166 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 GWB.

Der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten ist eröffnet (dazu I.). Der Antragstellerin fehlt jedoch die Antragsbefugnis (dazu II.).

- I. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten ist eröffnet.
  1. Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 GWB, weil der Schwerpunkt des Gesamtauftrages in der Erbringung von Bauleistungen liegt, § 110 Abs. 1 Satz 1 GWB.
  2. Der maßgebliche Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Art. 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren geändert wurde, von 5.350.000,- € ist überschritten.
- II. Die Antragstellerin ist jedoch nicht im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Die Antragstellerin hat die für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages erforderliche Möglichkeit einer Rechtsverletzung, d. h. die mögliche Verletzung eigener Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB nicht dargelegt.
  1. Aus dem Vorbringen der Antragstellerin ergibt sich nicht die konkrete Möglichkeit einer Rechtsverletzung. Auf die von der Antragstellerin geltend gemachte vermeintlich fehlende „Gleichwertigkeit“ nach § 7a EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A kommt es vorliegend nicht an, denn die Antragstellerin ist kein ausländisches Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, das ein dort hergestelltes Produkt in dem hier streitgegenständlichen Vergabeverfahren anbieten möchte

Auch will sie als inländisches Unternehmen kein nach Ziffer 0. „Allgemeines“ der Technischen Lieferbedingungen für Transportable Schutzeinrichtungen gleichwertiges Produkt aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union bzw. eine Ursprungsware aus einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums, die den technischen Lieferbedingungen entspricht, anbieten. Nach den Technischen Lieferbedingungen für transportable Schutzeinrichtungen 97 werden solche Produkte bzw. Ursprungswaren einschließlich der im Herstellerstaat durchgeführten Prüfungen und Überwachungen als gleichwertig behandelt, wenn mit ihnen das geforderte Schutzniveau - Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit - gleichermaßen dauerhaft erreicht wird. Die Antragstellerin, ein inländisches Unternehmen, beabsichtigte ein eigenes Schutzwandsystem anzubieten, das also hinsichtlich des Vorliegens der Anforderungen der TL- Transportabel Schutzeinrichtungen 97 der Eignungsprüfung durch die Bundesanstalt für Straßenwesen bedarf. Auf einen Gleichwertigkeitsnachweis durch einen anderen Europäischen Herstellerstaat kommt es vorliegend mithin nicht an.

2. Die Gleichwertigkeit bezieht sich dabei nicht – wie die Antragstellerin meint – auf die die Eignungsprüfung durchführende Stelle. Sie bezieht sich nur auf die Produkte aus anderen Mitgliedstaaten. Entgegen dem Verständnis der Antragstellerin wäre sie aber auch nicht gehindert gewesen, gleichwertige transportable Schutzwände anzubieten, die aus anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union stammen. Da es über die DIN EN 1317 hinaus keine weiteren europarechtlichen Spezifikationen gibt, durfte der Antragsgegner in seiner Ausschreibung Bezug auf die Technischen Lieferbedingungen für transportablen Schutzeinrichtungen 97 nehmen. Auch hat der Antragsgegner in den Besonderen Vertragsbedingungen unter Ziffer 7 auf die nach § 7a EU Abs. 2 Satz 2 VOB/A erforderliche Gleichwertigkeit hingewiesen, sodass ausländische Bieter von der Angebotsabgabe nicht abgehalten werden. Für nationale Schutzwandsysteme ist aber immer die Eignungsprüfung durch die Bundesanstalt für Straßenwesen erforderlich.



Die Frage, ob Produkte aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union über die im Herstellerstaat durchgeführten Prüfungen und Überwachungen (so Ziffern 0 „Allgemeines“) hinaus noch einer weiteren Begutachtung durch die Bundesanstalt für Straßenwesen bedürfen, um die Gleichwertigkeit im Sinne von § 7a EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A nachzuweisen, braucht hier deshalb auch nicht entschieden zu werden. Dass durch die von der Antragstellerin behaupteten langen Bearbeitungszeiten der Bundesanstalt für Straßenwesen gegebenenfalls insoweit eine „Inländerdiskriminierung“ erfolgt, ist vergaberechtlich irrelevant und fällt in das unternehmerische Risiko der Antragstellerin. Es obliegt ihrer unternehmerischen Entscheidung, zu welchem Zeitpunkt und bezüglich wie vieler ihrer eigenen Schutzwandsysteme sie die Begutachtung bei der Bundesanstalt für Straßenwesen beantragt. Jedenfalls sind die Ausschreibungsfristen der öffentlichen Auftraggeber nicht den Bearbeitungszeiten der Bundesanstalt für Straßenwesen anzugleichen.

- III. Der Hilfsantrag ist ebenfalls unzulässig, da es an der hierfür erforderlichen Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB fehlt. Insoweit gelten dieselben Erwägungen wie zum Hauptantrag.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- I. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin unterlegen ist, hat sie die Kosten zu tragen.
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes sowie dem mit dem Nachprüfungsverfahren verbundenen Verwaltungsaufwand, § 182 Abs. 2 GWB. Diese bestimmt sich nach dem Bruttoangebotswert des Angebotes der Antragstellerin. Unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrunde gelegt wird, ergibt sich eine Gebühr von € . Billigkeitsgründe, die dafürsprechen, von der Erhebung von Gebühren ganz oder teilweise abgesehen abzusehen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich, § 182 Abs. 3 Satz 6 GWB. Die Vergabekammer hat die vorliegenden Vergabeakten vollständig ausgewertet, den Sachverhalt umfassend ermittelt und rechtlich beurteilt. Der Umstand,

dass die Vergabekammer ohne mündliche Verhandlung entschieden hat, fällt daher bei der Gebührenfestsetzung nicht ins Gewicht.

- III. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war vor dem Hintergrund der in diesem Fall nicht einfachen rechtlichen Fragen im Hinblick auf die Zulassung von Produkten und deren Gleichwertigkeit nach nationalen und europarechtlichen Normen geboten. Hinzu kommt, dass für die Antragstellerin schon im Vorfeld des Nachprüfungsverfahrens ihre Syndikus-Rechtsanwältin, die Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht ist, tätig geworden ist und der Grundsatz der Waffengleichheit im Nachprüfungsverfahren ebenfalls die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner rechtfertigt, zumal dieser über keine Mitarbeiter verfügt, die entsprechende Qualifikationen wie die Syndikus-Rechtsanwältin der Antragstellerin aufweisen.

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main,  
- Vergabesenat – Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main**

einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Roth  
Vorsitzende

Markus Langsdorf  
Hauptamtlicher Beisitzer