

Leitsätze:

1. Rügen gegen Vergabeverstöße sind noch als unverzüglich i.S.v. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB anzusehen, wenn sie bei anwaltlicher Vertretung des Antragstellers innerhalb von fünf bis sechs Werktagen erhoben worden sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass an Sonn- und Feiertagen im üblichen Geschäftsleben keine Bürotätigkeit stattfindet.
2. Eine Änderung an den Vergabeunterlagen i.S.v. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A ist auch dann gegeben, wenn der Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist sein Angebot dahin ändert, dass die geforderten Leistungen nicht mehr durch einen Nachunternehmer, sondern nun im eigenen Betrieb ausgeführt werden sollen.
3. Ein Aufklärungsgespräch i.S.v. § 15 EG VOB/A darf nur dazu dienen, im Wege der Informationseinholung durch den Auftraggeber einen feststehenden Sachverhalt aufzuklären, ohne diesen zu verändern.
4. Die Nachverlangungspflicht gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gilt nur für Erklärungen und Nachweise, die innerhalb der Angebotsfrist bzw. gleichzeitig mit dem Angebot vorzulegen waren. Auf Unterlagen, die Bieter von vornherein erst auf Verlangen vorzulegen haben, ist diese Vorschrift nicht anwendbar.
5. Der Auftraggeber darf gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 VOB/A einem Bieter nicht eine nochmalige Nachfrist einräumen.

Stichworte: Unverzüglichkeit der Rüge, Austausch des Nachunternehmers, Aufklärung über Angebotsinhalt, Geltungsbereich der Nachverlangungspflicht, Unzulässigkeit einer nochmaligen Nachfrist

Normen: § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB, §§ 13 EG Abs. 1 Nr. 5 Satz 1, 15 EG, 16 EG Abs. 1 Nr. 3, 16 EG Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 VOB/A

Streitgegenstand: Baumaßnahmen zur Deichsanierung,
Offenes Verfahren nach VOB/A

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegner -

weitere Beteiligte:

[REDACTED]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen

[REDACTED]

offenes Verfahren nach VOB/A,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Annett Ulber und der ehrenamtlichen Beisitzerin Technische Amtsrä-

tin Claudia Denz-Kinzel

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Dezember 2015
am 13. Januar 2016 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 24. Juni 2015 die Vergabe eines Bauauftrages zur [REDACTED] im offenen Verfahren nach VOB/A europaweit aus (EU-ABl. [REDACTED] V-Nr./AKZ: [REDACTED]).

Ziff. II.1.5 der Bekanntmachung enthielt u.a. folgende Kurzbeschreibung des Auftrags: „Erdarbeiten (DIN 18300)“.

Als Zuschlagskriterium wurde der niedrigste Preis bestimmt (Ziff. IV.2.1 der Bekanntmachung).

In Ziff. III.2.1. der Bekanntmachung wurde u.a. verlautbart: „Im Fall des geplanten Einsatzes von Nachunternehmern (NU) sind die vorgesehenen NU zu benennen (...)“.

Gemäß Ziff. IV.3.4 der Bekanntmachung war Schlusstermin für den Eingang der Angebote der 14. August 2015.

Mit Schreiben vom 6. Juli 2015 forderte der Antragsgegner zur Angebotsabgabe auf. In Ziff. D. seiner Angebotsaufforderung bestimmte er u.a., dass Bieter auf gesondertes Verlangen das „Formblatt 236 - Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen“ bei ihrer Vergabestelle ausgefüllt einzureichen haben. Außerdem sendete er diesen auf einem Datenträger u.a. den „[REDACTED]“ vom 28. Mai 2015 in Form einer Datei (Ziffer 3 - QS-Plan.zip) zu. In dem ebenfalls zugesendeten Leistungsverzeichnis wurde unter Ziff. 13.1.2. - „Probefeldbau“ die gleichnamige Leistung beschrieben,

wobei in den dazugehörigen Unterziffern (Ziffn. 13.1.2.10 bis 13.1.2.100) jeweils die Bezeichnung „Probefeldbau“ vorangestellt war; die ebenso dazugehörige Ziff. 13.1.2.110

leitete mit folgenden Worten ein: „gemäß Position 13.1.2.10 Probewand vertikales Dichtelement (Dichtwand)“.

Am 13. August 2015 gab die Beigeladene ihr Angebot ab; am 14. August 2015 tat dies die Antragstellerin.

Die Antragstellerin überreichte dabei als Anlage das „Formblatt 235 - Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen“, in dem sie auf einen gesondert beigefügten EDV-Ausdruck verwies; auf Bl. 7 dieses Ausdrucks gab sie u.a. wie folgt an: „Kostenart: 531 Spezialtiefbau OZ.: 13.1.2.110 Probewand vertikales Dichtelement (Dichtwa.)“. Die anderen Unternehmen wurden nicht benannt.

Mit Schreiben vom 11. September 2015 forderte der Antragsgegner fristsetzend von ihr die Vorlage des „Formblatts 236 - Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen“ an und lud sie zu einem Gespräch zur weiteren Aufklärung des Angebotsinhalts ein.

Am 17. September 2015 bestätigte die Antragstellerin fristgerecht den Gesprächstermin. Ebenso sandte sie die angeforderten Verpflichtungserklärungen zu, von denen sechs keine Angaben zu den Leistungen des benannten Unternehmens enthielten; davon entsprach eine zudem nicht dem Formblatt 236.

Das Gespräch fand am 23. September 2015 statt. Es hatte u.a. den Einsatz eines Nachunternehmers beim Probekbau der Probe- bzw. Dichtwand zum Gegenstand.

Mit Schreiben vom 23. September 2015 forderte der Antragsgegner - erneut unter Fristsetzung - die Antragsstellerin auf, im Formblatt 236 bei fünf bestimmten Nachunternehmern die Zuordnung zur Leistungsposition nachzutragen. Dabei handelte es sich um diejenigen Unternehmen, in deren Verpflichtungserklärung diese Angabe jeweils fehlte; das Unternehmen, dessen Erklärung nicht dem Formblatt 236 entsprach, wurde nicht erwähnt.

Am 30. September 2015 legte die Antragstellerin diese so geforderten Unterlagen vor.

Der Projektierer des Antragsgegners fertigte am diesem Tag das Protokoll über das ebengenannte Gespräch an, dass er der Antragstellerin am 1. Oktober 2015 per E-Mail zuleitete, verbunden mit der Bitte um Rücksendung einer verbindlichen Anerkennung des Protokolls noch am selben Tage. Im Protokoll vermerkte er, dass die Antragstellerin erklärt hätte, nunmehr auch den Probekbau für die Dichtwand zu erbringen und dass es sich bei dem diesbezüglichen Nachunternehmer um einen Übertragungsfehler handeln würde.

Am 1. Oktober 2015 setzte sich die Antragstellerin, nachdem sie das Protokoll erhalten hatte, mit dem Projektierer telefonisch in Verbindung und meinte, dass das Protokoll der Änderung bedürfe, da es das Gespräch unrichtig wiedergebe.

Die erbetene Zusendung der Anerkennungserklärung führte die Antragstellerin nicht durch.

Mit Schreiben vom 2. Oktober 2015 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin darüber, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilen zu wollen. Zur Begründung gab er an, dass das Angebot der Antragstellerin - welches unstreitig das preislich günstigste war - von der Wertung ausgeschlossen worden ist, da es unzulässige Än-

derungen an den Vergabeunterlagen enthalten würde bzw. in der Besprechung vom 23. September 2015 durch ihre Erklärung zum Probebau der Dichtwand nachträglich geändert worden sei.

Dies rügte die Antragstellerin am 6. Oktober 2015. Insbesondere legte sie dar, dass sie weder ihr Angebote noch die Vergabeunterlagen geändert hätte. Auch hätte sie in dem Gespräch am 23. September 2015 nicht erklärt, den Probebau der Dichtwand nunmehr selbst erbringen zu wollen; richtigerweise sei das Gespräch wie folgt verlaufen: Der Antragsgegner hätte zum streitgegenständlichen Leistungsbereich die vorgesehene Arbeitsaufteilung zwischen der Antragstellerin und dem diesbezüglichen Nachunternehmer als ungewöhnlich bezeichnet, woraufhin die Antragstellerin vorsorglich darauf hingewiesen hätte, dass sie den besagten Probebau auch ohne Weiteres selbst erbringen könne. Die Annahme eines Übertragungsfehlers verneinte sie.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2015 half der Antragsgegner der Rüge nicht ab.

Zugleich hinterlegte er mit Schriftsatz vom selben Tage bei der Vergabekammer eine Schutzschrift. Darin beantragte er, einen etwaigen Nachprüfungsantrag wegen offensichtlicher Unbegründetheit nicht zu übermitteln. Die Antragstellerin hätte am 23. September 2015 die Vergabeunterlagen unzulässig geändert, weil diese nicht vorgesehen hätten, den Probebau der Dichtwand mit anderen Geräten und Arbeitskräften herzustellen als deren spätere Ausführung.

Am 9. Oktober 2015 stellte die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag, der am 12. Oktober 2015 bei der Vergabekammer einging.

Sie begründete ihn im Wesentlichen mit ihrer bereits vorgebrachten Rüge. Insbesondere zum Verlauf des Gespräches vom 23. September 2015 trug sie vor: Sie hätte seinerzeit angeboten, zu prüfen, ob ein Übertragungsfehler vorliegen würde; für diesen Fall hätte sie vorsorglich darauf hingewiesen, den Probebau für die Dichtwand ebenso wie die anderen Tiefbauleistungen selbst durchführen zu können. Außerdem nahm sie Bezug auf den Qualitätssicherungsplan, wonach sie sich in ihrem Angebot nicht veranlasst gesehen hätte, den Geräte- und Personaleinsatz näher zu erläutern; auch sei es danach nicht ausgeschlossen gewesen, dass sich ein Nachunternehmer der Geräte und des Personals des Bieters bedienen würde.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Insbesondere wird dem Antragsgegner nach näherer Maßgabe der Vergabekammer untersagt, im Vergabeverfahren den Zuschlag an die Beigeladene zu erteilen. Die Antragsgegnerin wird nach näherer Maßgabe der Vergabekammer des Weiteren dazu verpflichtet, erneut in das Vergabeverfahren einzutreten und das Angebot der Antragstellerin zu werten.
2. Der Antragstellerin wird Akteneinsicht gewährt, insbesondere in den Vergabevermerk (vgl. u.a. Anlage AG 10 der Schutzschrift) und was die Wertung des Angebotes der Antragstellerin anbelangt, einschließlich der von der Antragstellerin aufgestellten und im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigten Eignungskriterien; wobei sich die Antragstellerin vorbehält, den Antrag auf Gewährung der Akteneinsicht in Abhängigkeit vom Verlauf des Nachprüfungsverfahrens zu konkretisieren oder zu erweitern.
3. Die Vergabeakte des Antragsgegners wird beigezogen.

4. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens und wird zudem verpflichtet, der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten - und damit auch ihre Anwaltskosten - zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Am selben Tag übermittelte die Vergabekammer dem Antragsgegner den Antrag; unter Fristsetzung gewährte sie ihm dazu rechtliches Gehör. Des Weiteren forderte sie binnen bestimmter Frist die Vergabeakte an.

Mit Schreiben vom 19. Oktober 2015 erwiderte der Antragsgegner auf den Nachprüfungsantrag und legte zugleich seine Vergabeakte der Vergabekammer vor.

Er beantragte,

den Nachprüfungsantrag wegen offensichtlicher Unbegründetheit ohne mündliche Verhandlung abzulehnen.

Zur Begründung trug er zusammengefasst den Inhalt seines Nichtabhilfeschreibens vor. Überdies sei es nach den Vergabeunterlagen ausgeschlossen gewesen, beim Probebau andere als die für die - finale - [REDACTED] vorgesehenen Arbeitskräfte einzusetzen. Dies gelte auch für die Dichtwand.

Mit Verfügung vom 22. Oktober 2015 wies die Vergabekammer darauf hin, dass sie wegen offensichtlicher Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags nach Lage der Akten entscheiden werde. Denn die Antragstellerin habe mit ihrem Schreiben vom 17. September 2015 nachverlangte Verpflichtungserklärungen nur unvollständig vorgelegt. Die von ihr mit Schreiben vom 30. September 2015 vorgelegten Erklärungen stünden dem nicht entgegen, da sie auf einer nochmals eingeräumten Nachfrist beruhen würden, was unzulässig sei.

Die Antragstellerin trat dieser Verfügung mit Schriftsatz vom 23. Oktober 2015 mit dem Vortrag entgegen, die von ihr am 17. September 2015 vorgelegten Erklärungen würden nicht auf einem Nachverlangen beruhen, da diese mit dem vorangegangenen Schreiben des Antragsgegners vom 11. September 2015 erstmals angefordert worden seien, mit hin ein Ausschluss ihres Angebotes gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zu verneinen sei. Eine offensichtliche Unbegründetheit ihres Antrages sei daher nicht gegeben. Im Übrigen trat sie dem Standpunkt des Antragsgegners entgegen, indem sie argumentierte, dass die Vergabeunterlagen einen Nachunternehmereinsatz beim Probebau der Dichtwand gerade nicht ausschließen würden, weil bei der einschlägigen Textpassage im Qualitätssicherungsplan allein die Rede von Probefeldern ist, so dass sie sich gerade nicht auf die Probe- bzw. Dichtwand beziehen würde. Damit sei nicht vorgegeben, dass die für die Erdarbeiten der - finalen - [REDACTED] vorgesehenen Arbeitskräfte und Baugeräte auch beim Probebau der Dichtwand eingesetzt werden müssen.

Mit Verfügung vom 30. Oktober 2015 gab die Vergabekammer den Hinweis, dass sie ihre Auffassung, es könne wegen offensichtlicher Unzulässigkeit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden, nicht mehr aufrecht hält. Zudem wies sie darauf hin, dass die Nachverlangungspflicht gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. VOB/A nur für Erklärungen gilt,

die innerhalb der Angebotsfrist bzw. gleichzeitig mit dem Angebot vorzulegen waren, nicht aber, wenn diese erstmals auf Verlangen des Auftraggebers vorzulegen waren.

Letzteres wäre hier mit dem Schreiben des Antragsgegners vom 11. September 2015 erfolgt. Die Vergabekammer wies u.a. darauf hin, dass auf dieses Schreiben die Antragstellerin sechs fehlerhafte Erklärungen vorgelegt hatte und davon eine zudem in zwei Punkten von den Vorgaben abwich. Sie sah darin eine Änderung an den Vergabeunterlagen, die zum Angebotsausschluss führe.

Dazu nahmen Antragstellerin und Antragsgegner jeweils mit Schriftsatz vom 6. November 2015 Stellung, wobei erstere auch dieser Verfügung entgegentrat. Außerdem legte sie ein nunmehr vollständig ausgefülltes Formblatt 236 zu demjenigen Nachunternehmer vor, dessen Erklärung nicht dieser Form entsprochen hatte. Der Antragsgegner hingegen sprach der Antragstellerin zu ihrem Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung an die Beigeladene die Antragsbefugnis ab; im Übrigen vertiefte er seine Auffassung, dass gemäß den Verdingungsunterlagen der Probebau für die Dichtwand nicht durch einen Nachunternehmer erbracht werden kann.

Am 9. November 2015 wurde die Beigeladene zum Verfahren beigezogen und es wurde ihr zum bisherigen Schriftverkehr rechtliches Gehör gewährt.

Mit Verfügung vom 17. November sandte die Vergabekammer – soweit dies aus Gründen der Geheimhaltung nicht zu versagen war – ihr diejenigen Unterlagen zu, um die sie zuvor im Rahmen der Akteneinsicht gebeten hatte.

Mit Schriftsatz vom 19. November 2015 äußerte sich die Beigeladene zum Streitstand in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Dabei trat sie dem Vortrag der Antragstellerin entgegen.

In der Folgezeit setzten Antragstellerin und Beigeladene ihre Kontroverse schriftsätzlich fort.

Am 10. Dezember 2015 sah die Antragstellerin in die Vergabeakte ein, soweit ihr dies aus Gründen der Geheimhaltung nicht zu versagen war. Die Einsichtnahme fand bei der Vergabekammer unter deren Aufsicht statt.

Am 15. Dezember 2015 wurde die mündliche Verhandlung durchgeführt, an der alle Beteiligten teilnahmen und ihre kontroversen Standpunkte jeweils aufrecht hielten.

Die Antragstellerin stellt die Anträge aus ihrem Nachprüfungsantrag vom 9. Oktober 2015.

Der Antragsgegner beantragt

die Ablehnung des Nachprüfungsantrags.

Die Beigeladene beantragt

die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags bei Auferlegung der Kosten zu Lasten der Antragstellerin und Erklärung der Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Beigeladenen als notwendig.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber nicht begründet.

1. Die Zulässigkeit beruht auf folgenden Erwägungen:

Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB und der Rechtsweg zur Vergabekammer ist gemäß §§ 102, 104 Abs. 1 und 2 GWB sind eröffnet. Denn der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber (§ 98 Nr. 1 GWB) und dem Rechtsstreit liegt ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 Abs. 3 GWB zu Grunde. Zudem wurde der für das vorliegende Nachprüfungsverfahren geltende Schwellenwert für Bauaufträge - unstreitig - bei Weitem überschritten. Da gemäß § 104 Abs. 2 GWB vergaberechtlicher Rechtsschutz nur in einem laufenden Vergabeverfahren gewährt wird, gilt der bei Antragstellung gültige Schwellenwert i.H.v. 5.186.000,-- € (§ 100 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB, § 3 Abs. 1 VgV i.V.m. der Verordnung Nr. 1336/2013 der EU-Kommission vom 13. Dezember 2013 (EU-ABl. L 335 S. 17) und der Bekanntmachung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 19. Dezember 2013 [BAnz. AT 31.12.2013 B1]).

Die Antragstellerin ist auch vollumfänglich, d.h. in allen Punkten ihres geltend gemachten Rechtsschutzbegehrens, antragsbefugt. Sie hat durch die Angabe ihrer Angebote ihr Interesse am Auftrag an den von ihr beworbenen Losen hinreichend bekundet. Unterstellt, das Angebot der Antragstellerin wäre nicht ausgeschlossen worden, dann hätte sie zumindest wegen des Zuschlagskriteriums die Chance gehabt, den Zuschlag darauf zu erhalten. Denn ihr Angebot war das preislich günstigste, wie schon der Antragsgegner in seiner Antragserwiderung eingeräumt hat. Zudem hat sie die Verletzung in eigenen subjektiven Rechten gemäß § 97 Abs. 7 i.V.m. § 97 Abs. 1 GWB und einen drohenden Schaden durch die Nichterteilung des Zuschlags auf ihr Angebot ausreichend dargelegt.

Schließlich hat die Antragstellerin die von ihr geltend gemachten Vergabeverstöße gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unverzüglich, d.h. ohne schuldhafte Verzögerung, gerügt. Bei - wie hier - anwaltlicher Vertretung des Bieters bzw. der Antragstellerin wird gemeinhin ein Zeitraum von mindestens fünf bis sechs Werktagen noch als unverzüglich angesehen (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 14. September 2015, § 107 Rn. 677, 679 f m.w.N.; Kulartz/Kus/Portz-Wiese, *GWB*, 3. Auflg. 2014, § 107 Rn. 106, der in diesem Fall ggf. mehr als sieben Werktagen als angemessen ansieht), zumal - anerkanntermaßen (Heiermann/Zeiss-Summa, *jurisPK-Vergaberecht*, 4. Auflg. 2013, Stand: 2. Juli 2015, § 107 GWB Rn. 237) - zu berücksichtigen ist, dass an Sonn- und Feiertagen im üblichen Geschäftsleben keine Bürotätigkeit stattfindet. Dem wurde hier mit der wahrgenommenen Rügefrist von vier Tagen, in sich ein Feier- und ein Sonntag befunden hatten, Rechnung getragen.

2. Der Antrag hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB nicht verletzt, da die Antragsgegnerin die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten hat. Insbesondere hat die Antragsgegnerin mit dem Ausschluss der Angebote der Antragstellerin nicht gegen das Wettbewerbsprinzip in Form des Gleichbehandlungsgrundsatzes i.S.v. § 97 Abs. 2 GWB verstoßen.

- a.) Der Antragsgegner durfte das Angebot wegen des Verstoßes gegen das Verbot von Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A ausschließen.

Danach werden Angebote, bei denen Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind, von der Wertung ausgeschlossen.

Der Begriff der Änderung ist weit auszulegen (OLG Frankfurt, Beschl. v. 26. Juni 2012 - Az.: 11 Verg 12/11 -; Weyand, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 73 m.w.N.; Pünder/Schellenberg-Christiani, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 13 VOB/A Rn. 65). Eine Änderung kann nicht nur durch manipulative Einwirkungen wie Streichungen oder Ergänzungen oder gar Entfernungen von Teilen der Vergabeunterlagen erfolgen (OLG Frankfurt, Beschl. v. 26. Juni 2012 - Az.: 11 Verg 12/11 -; Heuvels, Höß/Kuß/Wagner-Heuvels, Vergaberecht, 1. Aufl. 2013, § 16 VOB/A Rn. 24; Pünder/Schellenberg-Christiani, a.a.O., § 13 VOB/A Rn. 67). Eine Änderung ist auch dann gegeben, wenn der Bieter sein Angebot dahin ändert, dass die in Rede stehenden Arbeiten nicht mehr durch einen Nachunternehmer, sondern im eigenen Betrieb ausgeführt werden sollen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16. November 2011 - Az.: Verg 60/11 -; VK Westfalen, Beschl. v. 26. Januar 2015 - Az.: VK 24/14 -; Weyand, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 151).

Voraussetzung ist, dass dies nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgt ist (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5. Mai 2004 - Az.: Verg 10/04 -; s. Weyand, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 151). Denn der Nachunternehmereinsatz war Gegenstand eines bis zur Auftragserteilung bindenden und nicht mehr veränderbaren Angebots (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16. November 2011 - Az.: Verg 60/11 -).

Hier gab die Antragstellerin ihr Angebot mit dem Schlusstermin für den Angebotseingang, d.h. mit Ablauf der Angebotsfrist, am 14. August 2015 ab. Dabei hat sie mittels des Formblatts 235 i.V.m. dem EDV-Ausdruck erklärt, dass sie den Probebau der Dichtwand durch einen Nachunternehmer ausführen lassen wird.

Unschädlich ist für Verbindlichkeit und Unveränderbarkeit dieser Erklärung, dass der Nachunternehmer zu diesem Zeitpunkt noch nicht benannt war. Zwar ist in der einschlägigen Rechtsprechung gerade die Rede von einem für eine bestimmte Leistung benannten Nachunternehmer, doch ist nach ihr ein Angebot durchaus auch dann bindend und unveränderbar, wenn dessen genauer Inhalt in Bezug auf Nachunternehmer von der Vergabestelle lediglich zu einem späteren Zeitpunkt nach seiner Einreichung durch Nachfordern ausgefüllter Formblätter abgefragt worden ist (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16. November 2011 - Az.: Verg 60/11 -). So verhält es sich auch hier, da im vorliegenden Fall vorgegeben war, den Nachunternehmer erst auf gesondertes Verlangen, mithin später zu benennen. Auch ist unschädlich, dass im Protokoll über das Gespräch vom 23. September 2015 vermerkt wurde, als „(...) Nachunternehmer für den Probebau der Dichtwand wurde im NU-Verzeichnis [mit Angabe der Position] (...)“ ein bestimmtes Unternehmen benannt, obwohl darin - entgegen des Protokolls - Angaben zur Leistungsposition fehlten. Denn schon wegen der Bindungswirkung des Angebots ist entscheidend der mit dessen Abgabe kundgetane Erklärungsinhalt und -wille, für bestimmte Leistungen einen Nachunternehmer überhaupt einzusetzen, dem hier die Antragstellerin mit ihrem Angebot vom 14. August 2015 entsprach. Aus diesem Grund ist auch für die Änderungsmöglichkeit gemäß § 13 EG Abs. 1 Nr. 5

Satz 2 VOB/A kein Raum, weil diese nur bis zu Angebotsabgabe gilt (Pünder/Schellenberg-Christiani, a.a.O., § 13 VOB/A Rn. 69).

Fraglich ist, ob hier eine Erklärung zum Austausch des Nachunternehmers durch Eigenleistung geäußert wurde.

Nach Überzeugung der Vergabekammer geschah dies in der Besprechung vom 23. September 2015, die zwischen Antragstellerin und Antragsgegner stattfand.

Nach den Schriftsätzen dieser Beteiligten und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer ist unstreitig, dass der Antragsgegner zu Beginn der Besprechung die von der Antragstellerin zum streitgegenständlichen Leistungsbereich vorgesehene Arbeitsaufteilung als ungewöhnlich betrachtet hatte.

Ebenso ist unstreitig, dass die Antragstellerin darauf mit einer Äußerung reagiert hatte.

Allein der Inhalt dieser Äußerung ist streitig: Nach dem Antragsgegner hätte die Antragstellerin erklärt, auch den Probebau der Dichtwand selbst zu erbringen; der benannte Nachunternehmer beruhe auf einen Übertragungsfehler. Demgegenüber stellt die Antragstellerin die Erklärung sowohl hinsichtlich Eigenleistung als auch Übertragungsfehler in Abrede.

Allerdings ist das Bestreiten der Antragstellerin nicht frei von Widersprüchen in eigenem Vortrag und zu den Tatsachen. So hat sie in ihrer Rüge vorgetragen, dass sie seinerzeit vorsorglich darauf hingewiesen hätte, den besagten Probebau selbst zu erbringen; ein Übertragungsfehler läge nicht vor. Hingegen hat sie sich in ihrem Nachprüfungsantrag dahingehend eingelassen, sie hätte nur angeboten zu prüfen, ob ein Übertragungsfehler vorgelegen gehabt habe; für diesen Fall hätte sie vorsorglich darauf hingewiesen, den Probebau selbst erbringen zu können.

Zwar spricht gegen einen Übertragungsfehler, dass die Antragstellerin auf jeden Fall bis zur Besprechung am 23. September 2015 für den Probebau der Dichtwand einen Nachunternehmer gerade nicht benannt hatte, so dass es für solch einen Fehler an jeglicher Tatsachengrundlage mangelte. Doch würde dies ihrer Behauptung, eine dementsprechende Prüfung angeboten zu haben, nicht entgegen stehen, weil damit nicht ausgeschlossen ist, dass sie der Möglichkeit eines solchen Fehlers nachgehen wollte.

Eine nähere Befassung mit dem Vorbringen eines Übertragungsfehlers kann aber dahin gestellt bleiben. Denn sowohl aus Rügevortrag als auch Einlassung im Nachprüfungsantrag geht hervor, dass die Antragstellerin beim streitgegenständlichen Leistungsbereich an ihrem Angebot nicht mehr festgehalten hat.

Daran ändert auch nichts ihr vorsorglicher Hinweis auf Eigenleistung bzw. Fähigkeit zur solchen.

Zum einen ist dem der inhaltliche Kern zu entnehmen, den ursprünglich angebotenen Nachunternehmereinsatz gegen eigene Leistung auszutauschen. Nach allgemeinem Sprachgebrauch bedeutet „Hinweis“ eine Handlung, mit der jemand auf etwas aufmerksam gemacht wird (s. wikipedia [www.wikipedia.de]: wiktio

- Hinweis, Stand: 18. September 2015), womit ihm besonders eine Kenntnisnahme oder ein Handeln nahegelegt wird (s. Duden online [www.duden.de]: Hinweis - Bedeutungsübersicht zu Ziff. 1, Bedeutungen zu Ziff. 1, Stand: 2015). Hier wurde auf die Eigenleistung aufmerksam gemacht, obwohl diese nicht im Angebot enthalten war.

Zum zweiten geht die Form dieser Erklärung, nämlich vorgebracht als Hinweis, fehl zum Anlass.

Anlass war einerseits das Aufklärungsgespräch über den Angebotsinhalt, zu dem die Besprechung ausweislich des Einladungsschreibens vom 11. September 2015 diente. Sinn und Zweck der Angebotsaufklärung gemäß § 15 EG VOB/A ist, Zweifel der Vergabestelle über den Inhalt eines Angebotes auszuräumen (Heuvels/HöB/Kuß/Wagner-Steiff, a.a.O., § 15 VOB/A Rn. 1, 5; Pünder/Schellenberg-Christiani, a.a.O., § 15 VOB/A Rn. 21). Solch ein Gespräch darf nur dazu dienen, im Wege der Informationseinholung einen feststehenden Sachverhalt aufzuklären, ohne diesen zu verändern (Pünder/Schellenberg-Christiani, a.a.O., § 15 VOB/A Rn. 24; s. Kapellmann/Messerschmidt-Planker, VOB, Teile A und B, 4. Auflg. 2013 § 15 VOB/ Rn. 1, 3). Feststehender Sachverhalt war hier der angebotene Nachunternehmereinsatz zu gerade einem bestimmten, einzelnen Leistungsbereich. Dieser Einsatz war nach der Bemerkung des Antragsgegners zu Beginn des Gesprächs deutlich Gegenstand der Aufklärung. Die Äußerung - auch in Form eines Hinweises - der Antragstellerin zur Eigenleistung - selbst lediglich zur Möglichkeit derselben - nimmt keinen Bezug zum Aufklärungsgegenstand. Denn damit hat sie auf eigene Fähigkeiten zur Auftragsdurchführung verwiesen, dagegen keine Information zum Nachunternehmereinsatz gegeben. Sie trägt folglich zur Aufklärung nichts bei, ihre Äußerung liegt neben der Sache.

Anlass war andererseits konkret die damalige Eingangsbemerkung des Antragsgegners über die seines Erachtens ungewöhnliche Arbeitsaufteilung durch den Nachunternehmereinsatz. Insoweit gilt nichts anderes: Mit ihrem Hinweis zur - wenn auch möglichen - Eigenleistung hat die Antragstellerin zwar auf andere Umstände verwiesen, aber über die von ihr angebotene Arbeitsaufteilung gerade nicht informiert.

Selbst die dargetane Vorsorglichkeit des Hinweises ändert daran nichts, weil auch damit der Nachunternehmereinsatz nicht verdeutlicht wurde.

Mangelnde Aufklärung über angebotene Leistung und gleichzeitiger Verweis auf Eigenleistung lassen bereits darauf schließen, dass die Antragstellerin mit ihrer Erklärung in Form eines Hinweises nicht Aufschluss über einen Sachverhalt gab, sondern diesen durch einen anderen ersetzte, mithin veränderte. Die Änderung bestand hier in der besagten Eigenleistung.

Dafür sprechen auch die Vorgänge um die Zusendung des Protokolls über das Aufklärungsgespräch. Zwar hat die Antragstellerin dem Antragsgegner telefonisch mitgeteilt, dass die darin enthaltene Darstellung des Gesprächs falsch sei. Doch um welche konkreten Gesprächsteile es sich dabei handeln würde und wie sie richtig darzustellen seien, hat sie nicht geäußert. Gleichwohl ihr dies seinerzeit beim Telefonat durch das Verhalten des Antragsgegners nicht möglich gewesen sein mag, hätte sie ihm ein Ersuchen auf Richtigstellung des Protokolls oder gar

eine Gegendarstellung schriftlich zusenden können. Die extrem kurze Äußerungsfrist zum Protokoll – es wurde ihr am 1. Oktober 2015 um 15:00 Uhr zugefaxt, verbunden mit der Bitte, es bis 16:00 Uhr mit bestätigender Unterschrift zurückzusenden – steht dem nicht entgegen, da sie ihre Richtig- bzw. Gegendarstellung in dieser verbliebenen Stunde oder zumindest in der Folgezeit noch per Fax oder auf dem Postweg hätte zurücksenden können. Dies hat sie aber nicht getan.

Demnach hat die Antragstellerin ihr Angebot am 23. September 2015 zur im Leistungsverzeichnis enthaltenen Position Ziff. 13.1.2.110 – Probewand vertikales Dichtelement (Dichtwand) mittels Austausch des Nachunternehmers durch Eigenleistung geändert.

- b.) Das Angebot durfte auch deswegen gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A ausgeschlossen werden, weil es nicht der abgeforderten Leistung entsprach.

Eine Änderung der Vergabeunterlagen liegt auch dann vor, wenn ein Bieter von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht (Pünder/Schellenberg-Christiani, a.a.O., § 13 VOB/A Rn. 66; Weyand, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 79, s. Rn. 82). Denn er muss grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Auftraggeber die Leistung genau so erhalten möchte, wie er sie in Vergabeunterlagen festgelegt hat (Weyand, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 72/1 m.w.N.). Entscheidend ist daher, was vom Auftraggeber abgefordert wurde (Ingenstau/Korbion-von Weitersheim-Kratzenberg, VOB, Teile A und B, 19. Auflg. 2015, § 16 VOB/A Rn. 11 [2. Spiegelstrich]). Ein Abweichen davon ist im Wege des Vergleichs des Inhalts des Angebots mit den in den Vergabeunterlagen geforderten Leistungen festzustellen (Weyand, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 77 m.w.N.), wobei unbedeutend ist, von welchem Teil der Vergabeunterlagen abgewichen wurde (s. Pünder/Schellenberg-Christiani, a.a.O., § 13 VOB/A Rn. 64 m.w.N.).

Die Vergabeunterlagen, deren Begriff weit zu fassen ist (Pünder/Schellenberg-Christiani, a.a.O., § 13 VOB/A Rn. 68), bestehen gemäß § 8 EG Abs. 1 VOB/A in der Regel aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe und den Vertragsunterlagen; zu letzteren gehört auch die Leistungsbeschreibung, welche regelmäßig mit einem Leistungsverzeichnis zu versehen ist (§ 7 EG Abs. 1 und Abs. 9 VOB/A).

Hier war der „Qualitätssicherungsplan (QSP): Deichbau“ vom 28. Mai 2015 Bestandteil der Vergabeunterlagen. In Ziff. 13.1.2.10 – „Probekonstruktion“ des Leistungsverzeichnisses wird auf ihn verwiesen; in Ziff. 13.1.2.110 – „Probewand vertikales Dichtelement (Dichtwand)“ werden dessen Anforderungen vorgegeben. Damit war er für die Durchführung der streitgegenständlichen Maßnahme maßgebend.

In Ziff. 1.2.1. des Qualitätssicherungsplans (QSP) (Bl. 654 ff d. Vergabeakte [VA]) sind die Anforderungen an den Probekonstruktion folgendermaßen beschrieben:

„Die vor Beginn der Erdarbeiten anzulegende/n Probefelder/Probewand dienen dazu, die Herstellbarkeit gemäß den Anforderungskriterien nachzuweisen sowie den Arbeitsablauf und den Materialeinsatz zu optimieren.“ (S. 7/45 des QSP = Bl. 654 d. VA).

Nachfolgend heißt es weiter:

„Bei der Herstellung der Probefelder sind die für die Erdarbeiten der [REDACTED] vorgesehenen Arbeitskräfte und Baugeräte einzusetzen. Werden diese seitens des Auftragnehmers im Zuge der Arbeiten gewechselt, ist der Probebau (...) zu wiederholen“ (S. 8/45 QSP = Bl. 655 d. VA).

Nach der Überzeugung der Vergabekammer weicht das Angebot der Antragstellerin von diesen Erfordernissen ab, da sie ausweislich ihres Angebotes vom 14. August 2015 für den Probebau der Dichtwände ursprünglich einen Nachunternehmereinsatz vorgesehen hat (Bl. 1917 und 1923 i.V.m. 1931 d. VA), später - d.h., wie aus den vorstehenden Gründen folgt, gemäß der Besprechung vom 23. September 2015 - dafür aber die Leistung selbst durchführen will (Bl. 2645/2646 d. VA).

Der QSP fordert ein Mindestmaß an Identität auch der Arbeitskräfte im Probebau und im späteren - finalen - Bau der Dichtwände für den [REDACTED]. Denn der Probebau soll die Herstellbarkeit der Dichtwände nachweisen, wobei dies - quasi in subjektiver Hinsicht - auch als Herstellbarkeit durch den Bieter zu verstehen ist, da die Qualitätssicherung gemäß Ziff. 1 des QSP dazu dient, eine ordnungsgemäße Fertigung und Bauausführung sicherzustellen. Dieser Nachweis kann letztlich nicht geführt werden, wenn die Arbeitskräfte für den Probebau nicht mit denen für den späteren Deichbau im Wesentlichen identisch sind. Der Auftraggeber muss davon ausgehen können, dass das im Probebau gezeigte Know-how später bei Herstellung der Deichwände ebenfalls zum Einsatz kommt. Andernfalls führe der Probebau zu einem Muster, welches für den späteren [REDACTED] wenig aussagekräftig ist. Dies dürfte dem Hochwasserschutz i.S.v. §§ 72 ff WHG, §§ 45 ff HWG, dem die streitgegenständliche Maßnahme als Teil der [REDACTED] gemäß § 48 HWG dient, und der damit bezweckten Gefahrenabwehr abträglich sein.

Solch eine Identität der Arbeitskräfte ist hier aber nicht gegeben, wie die Antragstellerin der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat. Danach sind die vom vorgesehenen Nachunternehmer einzusetzenden Arbeitskräfte nicht mit ihren identisch.

Soweit im QSP auf Seite 8/45 (Bl. 655 d. VA) davon die Rede ist, dass bei der Herstellung der „Probefelder“ die für den Deichbau vorgesehenen Arbeitskräfte und Baugeräte einzusetzen sind, und dabei nicht Probewände angegeben werden, ändert dies nichts an dem Ergebnis. Denn im unmittelbaren Abschnitt davor (S. 7/45 des QSP = Bl. 654 d. VA) werden die Probewände ausdrücklich genannt; zugleich wird gefordert, dass sie zum Nachweis der Herstellbarkeit dienen müssen, was jedoch mangels Identität der Arbeitskräfte beim Angebot der Antragstellerin nicht möglich ist.

Zudem ergibt sich aus Systematik und Nomenklatur, welche bei den einschlägigen Positionen im Leistungsverzeichnis (Bl. 1250 ff d. VA) verwendet wurde, insoweit folgender Zusammenhang: Die in Ziff. 13.1.2 mit „Probebau“ überschriebene Maßnahme stellt den Oberbegriff dar, bei dem in den nachfolgenden Unterpunkten 13.1.2.10 ff angegebenen „Probefeldbau“ handelt es sich um bestimmte Gegenstände dieser Maßnahme und somit um einen Unterbegriff; dies gilt auch für die streitgegenständliche Ziff. 13.1.2.110, zumal darin trotz der Positionsbe-

zeichnung „Probewand vertikales Dichtelement (Dichtwand)“ auf Ziff. 13.1.2.10 verwiesen wird, mithin ausweislich des dortigen Beschreibungstextes auf Probefeldbau bzw. Probefelder. Demzufolge ist die Dichtwand nach denselben Vorgaben wie die Probefelder herzustellen, mit Ausnahme der in Ziff. 13.1.2.110 genannten spezifischen technischen Vorgaben – diese betreffen aber nicht den Einsatz vor Arbeitskräften.

In der mündlichen Verhandlung konnte die Antragstellerin keine Gründe aus technischer Sicht erläutern, wieso sie meint, bei einem im Vergleich zum Feldbau bedeutsameren Dichtwandbau seien geringere Anforderungen an die Identität und Kontinuität des Arbeitskräfteeinsatzes gestellt. Sie stützte sich darauf, dass auf Seite 8/45 des QSP (oben) der Probewandbau nicht ausdrücklich erwähnt ist (Bl. 655 d. VA). Trotz mehrfacher Nachfrage konnte sie aber nicht plausibel machen, dass trotz eines kompletten Austausches der Arbeitskräfte beim Probefeldbau der in Ziff. 1 des QSP verfolgte Zweck, nämlich eine Aussage zur Herstellbarkeit zu ermöglichen (S. 7/45 d. QSP, unten = Bl. 654 d. VA, unten), erfüllt werden kann.

Soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung die Ansicht vertreten hat, dass im QSP noch weitere Regelungen zur Herstellung der Dichtwände enthalten und daher diese – und nicht die eben Genannten – maßgeblich seien, kann dem nicht gefolgt werden. In Ziff. 4.8 des QSP (S. 35/45 ff d. QSP = Bl. 682 d. VA) sind zwar in Tabellen nähere speziellere Angaben zur Herstellung der Probewand enthalten. Das heißt aber nicht, dass die allgemeinen Anforderungen aus Ziff. 1.2.2 des QSP durch diese spezielleren Anforderungen außer Kraft gesetzt würden. Denn zum einen betreffen die spezielleren Anforderungen allein bestimmte Eigenschaften der Probe- bzw. Dichtwand; zum anderen wird zum Abschluss dieser Vorgaben auf die „(...) in den vorangegangenen Kapiteln beschriebenen qualitätssichernden Maßnahmen (...)“ verwiesen, die ebenfalls durchzuführen sind – dazu zählen auch die Vorgaben aus Ziff. 1.2.2 d. QSP als zweite Stufe der Qualitätssicherung (s. Ziff. 1.2 d. QSP [S. 6/45 d. QSP = Bl. 653 d. VA]).

Schließlich steht – im Gegensatz zur Ansicht der Antragstellerin – auch nicht die sog. Wiederholungsklausel in Ziff. 1.2.2 des QSP (S. 8/45, oben, d. QSP = Bl. 655, oben, d. VA) einer Identität von Arbeitskräften beim Probefeldbau und finalen Bau der Dichtwand entgegen. Diese Klausel regelt den Wechsel von u.a. Arbeitskräften ausschließlich im Zuge der Arbeiten, jedoch gerade nicht schon beim – wie hier – Angebot diesbezüglicher Leistungen. Sie gilt also nicht für vorvertragliches Handeln wie beim vorliegenden Angebot eines Nachunternehmereinsatzes.

Demnach hat die Antragstellerin ein Angebot abgegeben, das dem Leistungsverzeichnis nicht entsprach und welches somit – wie geboten (s. nur Weyand, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 72/1, 82, jew. m.w.N.) – zwingend auszuschließen war.

- c.) Ob der Ausschluss auch auf mangelnder Eignung (§ 16 EG Abs. 2 Nr. 1 VOB/A) beruhen könnte, kann dahin gestellt bleiben.

Zwar ist die Einlassung der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, sie habe den Probefeldbau der Dichtwände durch einen Nachunternehmer erbringen lassen wollen, um dabei von dessen Know-how lernen zu wollen, wegen § 6 EG Abs. 8 Satz VOB/A unschädlich. Denn danach kann sie sich zur Erfüllung des Auf-

trags der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen (sog. Eignungsleihe: s. nur Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Dittmann, VOB/A, 2. Auflg. 2014, § 16 Rn. 194 m.w.N.). Doch ob sie den gemäß § 16 EG Abs. 8 Satz 3 VOB/A notwendigen Nachweis durch dessen am 6. November 2015 vorgelegte Verpflichtungserklärung erbracht hat (§ 16 EG Abs. 8 Satz 4 VOB/A), ist fraglich. Denn zum einen ist dieser Nachweis innerhalb einer vom Auftraggeber festzusetzenden Frist zu erbringen (Weyand, a.a.O., § 6 EG VOB/A Rn. 67; Heiermann/Riedl/Rusam-Bauer, Handkommentar zur VOB, 13. Auflg. 2013, § 6 EG VOB/A Rn. 126), die hier am 17. September 2015 endete, so dass die Vorlage am 6. November 2015 verfristet war. Zu zweiten setzt § 16 EG Abs. 8 Satz 3 VOB/A voraus, dass die Vorlage des Nachweises vom Auftraggeber angefordert wird (Ingenstau/Korbion-Schranner, a.a.O., § 6 EG VOB/A Rn. 39; Heiermann/Riedl/Rusam-Bauer, a.a.O., § 6 EG VOB/A Rn. 126); solch eine Anforderung ist hier für den betreffenden Nachunternehmer nach dem 17. September 2015 jedoch gerade nicht erfolgt.

Die Frage, ob diese Nichtanforderung vergaberechtskonform war, bedarf keiner weiteren Erörterung. Denn - wie die Vergabekammer bereits darauf hingewiesen hat - ist schon die, wie hier, nochmalige Einräumung einer Nachfrist unzulässig (Heuvels, Höß/Kuß/Wagner-Heuvels, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 58; s. Weyand, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 610 m.w.N.).

Zudem ergibt sich aus den eingangs dargelegten Gründen, dass das Angebot bereits auf der ersten Wertungsstufe zu Recht ausgeschlossen wurde.

- d.) Aus letztgenanntem Grund erübrigt sich jedenfalls die Frage nach den Rechtsfolgen der fehlerhaften Verpflichtungserklärung, nämlich ob auch sie gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 VOB/A zum Ausschluss des Angebots führen könnte (so i.E. OLG München, Beschl. v. 6. November 2006 - Az.: Verg 17/06 -; ebenso VK Arnsberg, Beschl. v. 30. November 2009 - Az.: VK 32/09 -) oder ob deswegen das Angebot bereits im Rahmen der Ermessensausübung gemäß § 15 EG Abs. 2 VOB/A nicht zu berücksichtigen wäre (wohl tendenziell bejahend, letztendlich aber offengelassen OLG Koblenz, Beschl. v. 19. Januar 2015 - Az.: Verg 6/14 -). Es kann daher ebenso offen bleiben, welche Relevanz die besagte Nichtanforderung für die eben genannten Vorschriften hat.

Nach alledem war dem Antrag nicht stattzugeben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 1. Auflg. 2011, § 128 GWB Rn. 4; Müller-Wrede-Schröder, GWB, 2. Auflg. 2014, § 128 Rn. 2) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben.

Da die Antragstellerin - was vorherrschend nötig ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 16) - ihr Verfahrensziel nicht er-

reicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,- € . Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (s. Müller-Wrede/Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 4, 6, 7). Dabei ist sich am Bruttoauftragswert des Angebots der Antragstellerin zu orientieren (OLG Frankfurt, Beschl. v. 29. August 2014 - Az.: 11 Verg 3/14 -; Weyand, a.a.O., § 128 GWB Rn. 19, 283; Heiermann/Zeiss-Summa, jurisPK-Vergaberecht, a.a.O., VT 2 zu § 128 GWB, Rn. 9, 10). Aus dem angebotenen Auftragswert (Bl. 1917 d. VA), der ausweislich des Begleitschreibens der Antragstellerin vom 14. August 2015 als Nettopreis angegeben war (Bl. 1914 d. VA), war daher der Bruttopreis zu ermitteln. Aus diesem ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von ████████ €.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen zu tragen (§§ 128 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB). Die Aufwendungen der Beigeladenen sind erstattungsfähig, da sie sich - wie erforderlich (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 29; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28) - mit demselben Rechtsschutzziel wie der Antragsgegner aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, indem sie eigene Sach- und Rechtsüberlegungen schriftlich und in der mündlichen Verhandlung geäußert sowie dort einen Antrag gestellt hat. Sie waren daher der unterlegenen Antragstellerin aus Gründen der Billigkeit aufzuerlegen (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene war angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 - Az.: 11 Verg 10/13 -; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 29; s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 33, 33a) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 HVwVfG).

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 Be-

schwerdeschrift 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.

Harnisch
Vorsitzender

Ulber
Hauptamtliche Beisitzerin