

Basis eines thermoplastischen Abdichtungssystems basierend auf FPO- Kunststoffdachbahnen anzubieten. In der Ausschreibung wurde eine Kunststoffbahn aus flexiblen Polyophinen (FPO-BV-V-PG- 1,8) mit den Anwendungskurzzeichen nach DIN V 20000-201 vorgegeben. Die Vergabeunterlagen sehen die Zulässigkeit von Nebenangeboten nicht vor.

Die Antragstellerin reichte mit Datum vom 20. August 2012 ein Angebot ein. Das von der Antragstellerin angebotene Dachbahn- Abdichtungssystem basiert auf Polymerbitumen. Ausweislich der Niederschrift zur Submission vom 22. August 2012 waren zu diesem Termin vier Angebote eingegangen. Das Angebot der Antragstellerin war nach rechnerischer Prüfung der Angebote durch die Vergabestelle das preisgünstigste. Die technische Prüfung der Angebote erfolgte am 23. August 2012 durch ein extern beauftragtes Architektenbüro. Der Antragsgegner erhielt am 19. September 2012 das Ergebnis der Angebotsprüfung und einen Vergabevorschlag. Die vier Angebote wurden sowohl formal, technisch, rechnerisch und auch hinsichtlich der Angemessenheit der Angebotssumme überprüft. Die Prüfer kamen zu dem Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin nicht gewertet werden könne, weil die angebotenen Dachbahnen-Abdichtungssysteme auf Polymerbitumen-Bahnen basierten und nicht auf dem in der Ausschreibung geforderten thermoplastischen Abdichtungssystem auf der Grundlage von FPO- Kunststoffbahnen. Das Angebot der Antragstellerin sei technisch auch nicht gleichwertig. Gemäß den Vergabeunterlagen seien Änderungsvorschläge und Nebenangebote nicht zugelassen. Die externen Prüfer schlugen vor, den Zuschlag der Beigeladenen zu erteilen. Am 20. September 2012 erteilte der Antragsgegner der Beigeladenen den Zuschlag. Ausweislich der Vergabeakte erfolgte keine Vorabinformation der übrigen Bieter gemäß § 101a GWB. Mit Schreiben vom 21. November 2012 bat die Antragstellerin den Antragsgegner um Mitteilung des Verfahrensstandes. Vorsorglich wandte sie sich gegen eine anderweitige Vergabe der Arbeiten. Daraufhin teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit Schreiben vom 26. November 2012 mit, ihr Angebot habe ausgeschlossen werden müssen, weil sie statt des geforderten thermoplastischen auf FPO-Kunststoffdachbahnen basierenden Dichtungssystems eines auf der Basis von Polymerbitumen Bahnen angeboten habe. Dieses Angebot entspreche einem Änderungsvorschlag / Nebenangebot, das jedoch gemäß den Vergabeunterlagen nicht zugelassen sei. Mit Schreiben vom 27. November 2012 teilte die Antragstellerin dem Bürgermeister des Antragsgegners mit, dass sie FPO Kunststoffbahnen nicht verarbeite, weil diese möglicherweise nicht mit ihrem Qualitätssicherungssystem kompatibel seien und verwies auch noch auf einen Artikel in einer Fachzeitschrift zu dem ausgeschriebenen Dachdichtungssystem. Ihren Ausschluss rügte die Antragstellerin ebenfalls. Die Antragstellerin bat mit Schreiben vom 28. November 2012 um Zusendung des Submissionsergebnisses, das sie mit Schreiben vom 4. Dezember 2012 erhielt.

Mit Schreiben gleichen Datums rügte nun die Bevollmächtigte der Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner den Ausschluss des Angebotes im Vergabeverfahren. Sie ist der Auffassung, dass es sich bei dem angebotenen System der Antragstellerin um ein

gleichwertiges Produkt handele und somit ein multiples Hauptangebot sei. Darüber hinaus sei die Vergabeempfehlung fehlerhaft und werde vorsorglich gerügt, denn die Antragstellerin habe das preisgünstigste Angebot abgegeben und mithin sei die Antragstellerin zu bezuschlagen. Darüber hinaus bat sie um Mitteilung des Verfahrensstandes. Der Rüge wurde nicht abgeholfen.

Die Antragstellerin beantragte mit Schreiben vom 5. Dezember 2012 ein Nachprüfungsverfahren. Zur Begründung bezieht sie sich im Wesentlichen auf die Ausführungen ihrer Bevollmächtigten im Schreiben vom 4. Dezember 2012 und beantragt,

dem Antragsgegner aufzugeben, einen Zuschlag nur unter Berücksichtigung ihres Angebotes zu erteilen,

hilfsweise

mit dem Zuschlag zuzuwarten, bis über die Rügen der Antragstellerin entschieden ist.

Über die bereits am 20. September 2012 erfolgte Zuschlagserteilung wurde die Antragstellerin von der erkennenden Vergabekammer mit Schreiben vom 18. Dezember 2012 informiert.

Mit Schriftsatz vom 20. Dezember 2012 trägt sie nunmehr vor, erst durch das Schreiben der Vergabekammer vom 18. Dezember 2012 von der bereits erfolgten Zuschlagserteilung erfahren zu haben. Im Vorfeld seien entsprechende Auskünfte sowohl seitens der Antragstellerin als auch der Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin erbeten worden. Der Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens stehe auch der zwischenzeitlich erteilte Zuschlag nicht entgegen. Der geschlossene Vertrag sei gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB von Anfang an unwirksam. Sie habe keine Mitteilung über die Vergabeabsicht des Antragsgegners erhalten, die den Voraussetzungen des § 101a Abs. 1 GWB genüge. Des Weiteren habe sie erst am 26. November 2012 Informationen darüber erhalten, dass sie von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Das Submissionsergebnis habe sie erst mit Schreiben vom 4. Dezember 2012 erhalten. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, da sie durch den Ausschluss sowie das fehlerhafte und vergaberechtswidrige Verfahren in ihren Rechten verletzt sei.

Die Antragstellerin beantragt festzustellen, dass

1. ein durch den Antragsgegner zwischenzeitlich erteilter Zuschlag und der hierauf gerichtete Vertragsschluss bzw. die sich hierauf beziehenden Willenserklärungen des Antragsgegners unwirksam sind,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag vom 20. Dezember 2012 zurückzuweisen.

Er führt aus, ihm sei ein Fehler unterlaufen und er habe versehentlich die Vergabeabsicht nicht mitgeteilt. Er bedauere das Versehen.

Jedoch sei die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt, da das Angebot zwingend ausgeschlossen werden musste, da Veränderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden seien. In dem die Antragstellerin ein anderes System als ausgeschrieben angeboten habe, habe sie eine Veränderung der Vergabeunterlagen vorgenommen. Diese Änderung sei auch unzulässig und habe zur Folge, dass das Angebot zwingend von der Wertung ausgeschlossen werden musste. Darüber hinaus könne das Angebot der Antragstellerin auch nicht als Nebenangebot gewertet werden. Weder in der Bekanntmachung noch in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes seien Nebenangebote als zulässig bezeichnet worden. Des Weiteren könne die Antragstellerin nicht mit der sinngemäßen Behauptung gehört werden, der Antragsgegner habe vergaberechtswidrig ein gleichwertiges System benachteiligt. § 7 Abs. 8 VOB/A sei dahingehend zu verstehen, dass das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, ein bestimmtes Verfahren vorzugeben, dort eingeschränkt ist, wo es keine sachlich rechtfertigenden Gründe für die Art der Beschaffung gebe. Dabei gehe es darum, dass sich die Forderung besonderer Leistungsmerkmale rechtfertigen lassen müsse. Der Vergabestelle stehe hierbei ein Beurteilungsspielraum zu. Entscheidend hierfür sei, dass ein legitimes Interesse vorliege, ein bestimmtes Verfahren vorzugeben.

Selbst wenn für die Vorgabe eines thermoplastischen Abdichtungssystems basierend auf FPO- Kunststoffbahnen kein sachlich rechtfertigender Grund vorläge, so wäre das Rüge-recht der Antragstellerin insoweit präkludiert. Diese habe zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht, dass es für die technischen Vorgaben keine sachlich rechtfertigenden Gründe gebe und der Ausschluss von Polymerbitumen Bahnen vergaberechtswidrig sei. Der Vergabenachprüfungsantrag wäre insoweit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB unzulässig.

Sie ist weiterhin der Auffassung, das angebotene System der Antragstellerin sei gegenüber dem ausgeschriebenen System nicht gleichwertig. Die angebotenen Systeme erfüllten nicht die in den einzelnen Positionen geforderten mechanischen und thermischen Eigenschaften. Die Antragstellerin habe in der Position 02.01.020 ein Produkt angeboten, das insoweit nicht den Vorgaben entspreche. In den Positionen 02.01.030, 02.05.130, 02.30.080, 02.11.080, 03.03.030 habe die Antragstellerin das Produkt „Baudert Plan Elastomer- Bitumen- Schweißbahn“ angeboten, gefordert sei jedoch die Kunststoffbahn FPO Stärke: 1,8 mm (zum Beispiel das Produkt „Baudert Thermofin F 18“). Das angebotene Produkt sei mithin nicht gleichwertig gegenüber dem Vergleichsprodukt im Leistungsverzeichnis. Gleiches gelte für die Positionen 02.30.080, 02.07.070, 02.090.170 und für die Positionen 02.02.030, 02.02.60-120, 02.02.500, 03.04.020, 03.04.030. Auch für die Positionen 02.0140, 02.02.260 und 02.280 habe die Antragstellerin ein Angebot abgegeben, das nicht den geforderten technischen Vorga-

ben „Kunststoffbahnen FPO“ Stärke 1,5 mm (zum Beispiel Baudert Thermofin F 19) entsprechen.

Aufgrund des Beschlusses der Vergabekammer vom 27. Dezember 2012 wurde die Beigeladene zum Nachprüfungsverfahren beigeladen und erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie keinen Gebrauch machte. Die Beigeladene stellte auch keinen Antrag.

Die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 GWB wurde mit Mitteilung der Vorsitzenden vom 20. Dezember 2012 wegen des Jahreswechsels und der mit den Weihnachtsfeiertagen verbundenen Urlaubszeit und wegen einer unerwartet hohen Anzahl von Nachprüfungsanträgen innerhalb kurzer Zeit bis zum 12. Februar 2013 verlängert.

Gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB erfolgt die Entscheidung mit Zustimmung der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber nicht begründet.

A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB ist eröffnet. Bei dem Antragsgegner handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB. Der zu vergebende Auftrag stellt einen öffentlichen Auftrag, § 99 GWB dar. Die Höhe des erforderlichen Schwellenwertes nach § 2 Ziffer 3 VgV ist überschritten. Ausweislich der Vergabeakte liegen die Kosten des Gesamtprojektes „Neubau Hallenbad“ oberhalb des Schwellenwertes für EU-weite Vergaben.
- II. Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat mit der Abgabe ihres Angebotes mit Datum vom 20. August 2012 und der Einreichung des Nachprüfungsantrages ihr Interesse am Auftrag in ausreichender Form dokumentiert. Die Antragstellerin hat auch vorgetragen, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag aufgrund des Fehlens einer Mitteilung nach § 101a GWB unwirksam ist. Schließlich ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Antragstellerin durch den bereits geschlossenen Vertrag einen Schaden erleidet. Diese Möglichkeit bestünde, wenn der Antragstellerin nach § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB Primärrechtsschutz verwehrt wird, obwohl der gestellte Nachprüfungsantrag möglicherweise begründet ist. Nach ihrem Vortrag ist es nicht auszuschließen, dass sie durch den Ausschluss ihres Angebotes in subjektiven Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist und sie dadurch einen Schaden erleidet.
- III. Die Antragstellerin ist mit ihrem Vorbringen auch nicht gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert. Ausweislich der von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen und ausweislich der Vergabeakte hat die Antragstellerin, nachdem sie die Überzeugung eines Rechtsverstoßes erlangt hat, dies jedenfalls rechtzeitig gerügt.

- B. Der Nachprüfungsantrag ist aber nicht begründet. Die Unwirksamkeit des zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossenen Vertrages vom 20. September 2012 kann nicht gemäß § 101b Abs. 1 Ziffer 1 in Verbindung mit § 101a GWB festgestellt werden, weil der eigentliche Nachprüfungsantrag zwar zulässig aber nicht begründet ist. Der Antragsgegner hat unstreitig gegen seine Informationspflicht nach § 101a GWB verstoßen. Da der Nachprüfungsantrag jedoch unbegründet ist, ist es nicht erforderlich, die Unwirksamkeit des zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossenen Vertrages festzustellen, § 114 Abs. 1 GWB. Der Antragsgegner hat die Antragstellerin zu Recht vom Vergabeverfahren gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) in Verbindung mit § 13 Abs. 5 VOB/A ausgeschlossen.
- I. Ein Ausschluss nach § 16 Abs. 1 VOB/A muss zwingend erfolgen. Aufklärungsgespräche des öffentlichen Auftraggebers mit dem Ziel, etwaige Änderungen an den Vergabeunterlagen nach Ablauf der Angebotsfrist zu korrigieren, stellen eine unzulässige Nachverhandlung im Sinne des § 15 Abs. 3 VOB/A dar (vgl. Dicks in Kulartz / Marx / Portz / Pries, Kommentar zur VOB/A, § 16 RdNr. 30).
- II. Ob eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vorliegt, weil der Bieter nicht das anbietet, was der öffentliche Auftraggeber nachgefragt hat, ist zunächst anhand einer Auslegung der Leistungsbeschreibung einerseits und des Angebotes andererseits aus objektiver Sicht eines branchenkundigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Empfängers festzustellen, §§ 133, 157 BGB (vgl. Dicks, a.a.O.; Dittmann in Kulartz / Marx / Portz / Pries, a.a.O., § 13 VOB/A RdNr. 78 ff.).

Ausweislich des vorliegenden Leistungsverzeichnisses hat der Antragsgegner eine Dachabdichtung mit einem thermoplastischen Abdichtungssystem basierend auf FPO-Kunststoffbahnen beschrieben, während die Antragstellerin unstreitig ein Abdichtungssystem aus Polymerbitumenbahnen angeboten hat. Das Angebot der Antragstellerin entspricht damit nicht dem, was der Antragsgegner geschrieben hat. Der Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 als auch des Satzes 2 VOB/A ist zunächst einmal vor einem allgemeinen vertragsrechtlichen Hintergrund zu sehen. Das Zustandekommen eines ausgeschriebenen Vertrages setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus, so dass der Vertrag letztendlich nur durch ein „Ja“ des Auftraggebers zustande kommt. Dies bedeutet, dass das Angebot genau das enthalten muss, was auf Seiten des Auftraggebers in dessen „invitatio ad offerendum“ nachgefragt ist.

Gleichermaßen betrifft die Regelung des § 13 Abs. 5 VOB/A jedoch auch die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Gleichbehandlung der Bieter. Dadurch, dass jeder Bieter nur das anbieten darf, was der öffentliche Auftraggeber auch tatsächlich nachgefragt hat, soll sich keiner einen Wettbewerbsvorteil dadurch verschaffen, dass er von den Angebotsvorgaben abweicht. Dadurch wäre

sonst nicht mehr gewährleistet, dass nur solche Angebote gewertet werden, die auch in jeder Hinsicht den Vergabeunterlagen entsprechen und damit auch vergleichbar sind. Dem Auftraggeber wäre es andernfalls nicht mehr möglich, unter sämtlichen Angeboten dasjenige zu ermitteln, das im Vergleich zu den anderen das wirtschaftlichste im Sinne des § 16 Abs. 6 VOB/A ist (vgl. Dittmann, a.a.O., § 13, RdNrn. 73 ff.). Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes und der Auswertung der Vergabeunterlagen, insbesondere der extern durchgeführten Angebotsprüfung hat die Antragstellerin eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen vorgenommen. Mit ihrem Angebot hat die Antragstellerin ein „aliud“, etwas anderes angeboten, denn Kunststoff und Bitumen sind unterschiedliche Stoffe.

Auch wenn die Antragstellerin der Meinung sein sollte, dass das von ihr angebotene Abdichtungssystem von Polymerbitumen-Bahnen das bessere sei, so berechtigt dies sie nicht, die Vergabeunterlagen in ihrem Sinne abzuändern (vgl. Ziekow / Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 13 VOB/A RdNr.13 ff; Dittmann, a.a.O., § 13 RdNrn. 80 ff).

- III. Das Angebot der Antragstellerin kann auch nicht in ein Nebenangebot umgedeutet werden, da solche nach der Bekanntmachung nicht zulässig sind. Dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin über den zwingenden Ausschluss (§ 16 Abs. 1 VOB/A) ihres Angebotes nicht nach 19 Abs.1 VOB/A informiert hat, führt zu keinen weiterreichenden rechtlichen Folgen, da § 19 VOB/A oberhalb der EU-Schwellenwerte von § 101a GWB verdrängt wird (vgl. Portz in Kulartz / Marx / Portz / Priß, a.a.O., § 19 RdNr. 2).
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens, § 128 Abs. 2 GWB. Aufgrund der aus der Vergabeakte erkennbaren angebotenen Preise ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer zu Grunde legt, eine Gebühr von 2.625,-- Euro.
 - II. Da der Antragsgegner die erforderliche Vorabinformation nach § 101a GWB nicht vorgenommen und somit die Ursache für das Nachprüfungsverfahren gesetzt hat, trägt er die Kosten einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin, 128 Abs.3 Satz 3 GWB.
 - III. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat sich schriftsätzlich nicht geäußert und somit auch nicht maßgeblich zur Entscheidungsfindung beigetragen. Auch hat sie keinen Sachantrag gestellt und damit kein Kostenrisiko auf sich genommen. Eine Kostenerstattung durch den Antragsgegner kommt daher nicht in Betracht, § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB.

-
- IV. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes durch die Antragstellerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechtes und der zu klärenden Rechtsfragen notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 4 in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.