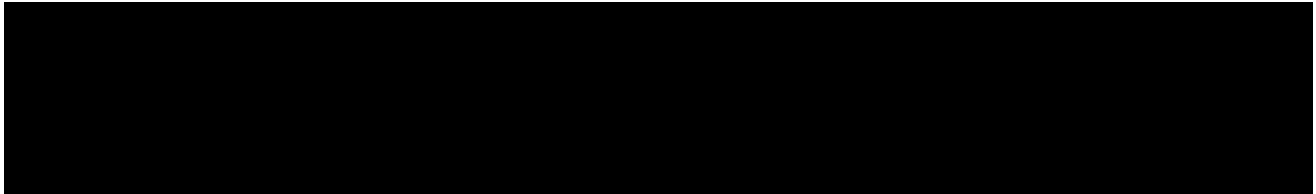


69d VK 2-06/2017

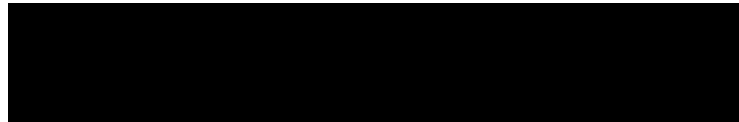
Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren



- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

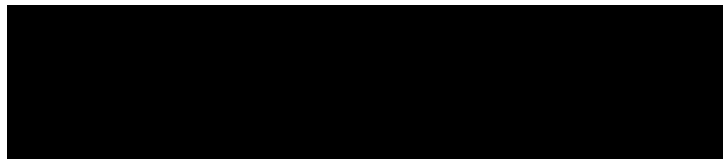


gegen

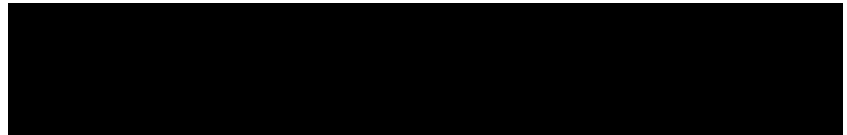


- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:



weitere Beteiligte:



- Beigeladene -

wegen:

grundhafte energetische Sanierung inklusive Neubau
der 

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 Amtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Mai 2017 am selben Tag beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, die die Antragstellerin zu tragen hat.
3. Die Antragsstellerin 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.

Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 4. November 2016 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union Dachabdichtungs- und Klempnerarbeiten für die Bestandsgebäude der „[REDACTED]“ in [REDACTED] im offenen Verfahren aus. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 12. Dezember 2016. Nebenangebote waren nicht zugelassen.

Die Antragstellerin gab - ebenso wie die Beigeladene - fristgerecht ein Angebot ab. Ausweislich der Angebotsunterlagen mussten alle Bieter dem Angebot das sogenannte Bieterangabenverzeichnis beifügen, welches Bestandteil des Angebotes ist. Der Antragsgegner gab im Bieterangabenverzeichnis teilweise Leitfabrikate vor. Sofern diese nicht vorgegeben sind, haben Bieter das von ihnen angebotene Fabrikat sowie den angebotenen Typ aufzuführen. Dort findet sich auch der Hinweis des Antragsgegners, dass das Fehlen der geforderten Angaben zu angebotenen Fabrikaten und angebotenen Typen, sofern kein Leitfabrikat gefordert, zwingend zum Ausschluss des Angebotes führe.

Nach dem Leistungsverzeichnis (Positionen 1.5.35 und 2.4.24) musste die Dachabdichtung und mithin das Angebot eine zweilagige Bitumenbahn umfassen. Die jeweiligen technischen Anforderungen an die Unterbahn und die Oberbahn ergeben sich aus der DIN EN 13707 und sind ausführlich im Leistungsverzeichnis unter den oben genannten Positionsnummern beschrieben. Im Bieterangabenverzeichnis gab der Antragsgegner daher unter den entsprechenden Positionsnummern 01.05.0035 und 02.04.0024 als technische Vorgabe lediglich die Normbezeichnung für Unterbahn „PYE-KTP-KSP 2,8“ und für die Abdichtungslage/Oberbahn „PYE-PV 200 S5“ wieder.

Die Antragstellerin gab unter den Leistungsverzeichnispositionsnummern 01.05.0035 und 02.04.0024 „Dachabdichtung 2-lagig PYE-KTP-KSP 2,8 und PYE-PV 200 S5“ als angebotenes Fabrikat „■■■■■■“ und als angebotenen Typ „■■■■■■“ an. Die Bezeichnung „■■■■“ stellt dabei eine handelsübliche Bezeichnung für die Unterlagsbahn dar. Angaben zu der geforderten Oberlage sind nicht erfolgt. Der Hersteller ■■■■■■ bietet bezüglich der Oberlage 14 unterschiedliche Produkttypen mit unterschiedlichen Typenbezeichnungen an, von denen einige Produkte den technischen Vorgaben für die Oberlage (DIN EN 13707 PYE-PV 200S5) im Leistungsverzeichnis respektive Bieterangabenverzeichnis voll entsprechen. Alle übrigen Bieter wiederholten unter diesen Positionsnummern hinsichtlich der Oberlage das Normprodukt (PYE-PV 200 S5), ohne jedoch die von den jeweiligen Herstellern für die Oberlage bezeichnende Kennung „■■■■“ anzufügen.

Mit Vorabinformationsschreiben vom 17. Februar 2017 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, ihr Angebot sei von der Wertung ausgeschlossen worden, weil es nicht alle in den Vergabeunterlagen gestellte Bedingungen erfülle. Mit anwaltlichen Schreiben vom 22. Februar 2017 rügte die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebotes von der Wertung. Für die Oberlage sei eine Typangabe nicht erforderlich gewesen, weil praktisch alle beschieferten Elastomerbitumen- Schweißbahnen, die als Oberlage eingesetzt werden könnten, mittels der aus der DIN V 20000-201 abgeleiteten Spezifikation auch eindeutig in ihrem Typ bezeichnet werden. Insoweit sei selbsterklärend, dass die Angabe „■■■■■■“ eine Oberlage der Spezifikation „PYE-PV 200 S5“ zum Gegenstand habe. Es sei eindeutig, dass eben genau das so bezeichnete Produkt der Firma ■■■■■■ nämlich die Elastomerbitumen- Schweißbahn PYE-PV-200 S5 des Herstellers ■■■■■■ Gegenstand ihres Angebotes sei. Für eine erneute Nennung dieses Produkttyps in der Spalte „angebotener Typ“ habe somit keinerlei Notwendigkeit bestanden. Im Übrigen sei die vermeintlich fehlende Erklärung bzw. der fehlende Nachweis nachzufordern gewesen, was der Antragsgegner unterlassen habe.

Mit Schreiben vom 23. Februar 2017 teilte der Antragsgegner dem Bevollmächtigten der Antragstellerin mit, der Rüge nicht abhelfen zu wollen, weil im Bieterangabenverzeichnis für beide Dachschichten Angaben gefordert waren. Auch nach der neuen Rechtslage sei keine fehlende Erklärung oder fehlender Nachweis von der Antragstellerin nachzufordern gewesen.

Mit Schriftsatz vom 27. Februar 2017 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zur Begründung bezieht sie sich im Wesentlichen auf das, was sie im Rahmen der Rüge vorgetragen hat. Insoweit wird Bezug genommen auf die Schriftsätze vom 27. Februar 2017, 27. März 2017 und 1. Mai 2017.

Die Antragstellerin beantragt unter anderem,

den Antragsgegner zu verpflichten, das Angebot der Antragstellerin zu werten und dieser als bestbietender Anbieterin den Zuschlag im Vergabeverfahren zu erteilen,

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag abzulehnen.

Er ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, da die Angabe der Antragstellerin völlig eindeutig, wenn auch technisch ebenso eindeutig unzureichend/ungeeignet sei. Die von der Antragstellerin mit ihrem Angebot offerierte Leistung sei damit nicht gleichwertig. In keiner Weise habe der Antragsgegner erkennen können oder müssen, dass aus dem Zusammenspiel zwischen seiner technischen Spezifikationsangabe und der sich auf die Unterlage beziehenden Angabe „[REDACTED]“ eindeutig einen Rückschluss auf das ausdrücklich nicht benannte Produkt mit der Typenbezeichnung „[REDACTED]“ zu ziehen sei. Die Antragstellerin habe dadurch, dass sie das Fabrikat „[REDACTED]“ Typ „[REDACTED]“ für beide Lagen der Dachabdichtung angeboten habe, objektiv ein technisch nicht geeignetes bzw. anderes Produkt angeboten, als vom Antragsgegner im Rahmen der diesem zustehenden Dispositionsbefugnis in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung gefordert. Damit habe sie zugleich den Inhalt der ausgeschriebenen Leistung und somit die Vergabeunterlagen geändert. Hierzu sei sie jedoch gemäß § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A nicht befugt. Das Angebot sei daher zwingend gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A auszuschließen. Die geforderten Angaben im Bieterangabenverzeichnis seien verbindlicher Teil des durch Zuschlag zu schließenden Vertrages, also integraler Angebotsbestandteil. Da zu den Positionen 01.05.0035 und 02.04.0024 Angaben fehlten, die integraler Angebotsbestandteil seien, unterlägen sie nicht der Nachforderung gemäß § 16 a EU VOB/A. Das Angebot sei daher auch gemäß § 16 EU Nr.1 VOB/A auszuschließen, weil es zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe an einer vom Antragsgegner zulässig geforderten Fabrikatsangabe betreffend die Oberlage in den Positionen 01.05.0035 und 02.04.0024 gefehlt habe.

Mit Beschluss der Vergabekammer vom 16. März 2017 ist das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen zum Nachprüfungsverfahren beigeladen worden. Von der der Beigeladenen eingeräumten Gelegenheit zur Stellungnahme hat diese keinen Gebrauch gemacht. Die mündliche Verhandlung hat am 4. Mai 2017 stattgefunden. Auf das Ergebnis der Niederschrift wird Bezug genommen. Die Entscheidungsfrist der Vergabekammer musste die Vorsitzende wegen Erkrankung des Bevollmächtigten der Antragstellerin zweimal verlängern.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte, den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 4. Mai 2017 sowie auf die Vergabeakten (2 Aktenordner Blatt 1- 839) Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (dazu A.), aber unbegründet (dazu B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

I. Der Anwendungsbereich der §§ 160 ff. GWB ist eröffnet. Der [REDACTED] - [REDACTED] ist als Gebietskörperschaft öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB. Bei dem ausgeschriebenen Gegenstand handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag über die Ausführung von Bauleistungen im Sinne des § 103 Abs. 1, 3 GWB. Der maßgebliche Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Art. 4 lit. a) RL 2014/24/EU in Höhe von 5.225.000,00 Euro ist überschritten. Für den Schwellenwert ist der geschätzte Gesamtwert des zu bauenden Projektes zugrunde zu legen, §§ 2 Satz 1, 3 Abs. 6 VgV.

II. Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Durch den Ausschluss ihres Angebotes kann sie in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt sein. Es ist nicht von vorneherein auszuschließen, dass die Antragstellerin durch ein eventuell vergaberechtswidriges Verhalten des Antragsgegners einen Schaden erleidet, denn nach dem vorliegenden Vergabevermerk hat sie das preislich günstigste Angebot abgegeben (Blatt 830 der Vergabeakte).

III. Den Ausschluss ihres Angebotes hat die Antragstellerin auch rechtzeitig gerügt, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB.

IV. Den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin rechtzeitig gestellt, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB.

B. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet, weil der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin sowohl nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A (dazu I.) als auch nach § 16 EU Nr. 1 VOB/A (dazu II.) rechtmäßig ist.

I. Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen vorgenommen, denn sie hat eine andere Leistung angeboten als vom Antragsgegner ausgeschrieben war.

1. Eine Änderung an den Vergabeunterlagen gemäß § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A liegt nicht nur dann vor, wenn der Bieter die Vergabeunterlagen durch Streichungen, Einfügungen oder das Herausnehmen einzelner Blätter bewirkt, sondern auch dann, wenn im Ergebnis eine andere als die ausgeschriebene Leistung angeboten wird. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Änderung technische Vorgaben oder vertragliche Ansprüche betrifft (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 26. Juni 2012 - 11 Verg 12/11 - juris, RdNr. 67 mit weiteren Nachweisen).

Das Zustandekommen des ausgeschriebenen Vertrages setzt zwei sich deckende Willenserklärungen voraus, sodass der Vertrag nur durch ein einfaches „ Ja“ des Antragsgegners in Form des Zuschlages zustande kommt. Ob die Vergabeunterlagen im Angebot abgeändert worden sind, ist durch einen Vergleich des Inhaltes des Angebotes mit den Vergabeunterlagen festzustellen (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, a.a.O., RdNr. 89 mit weiteren Nachweisen).

- a) Die technischen Forderungen des Antragsgegners im Bieterangabenverzeichnis bezüglich der Dachabdichtung beziehen sich eindeutig auf die Abgabe eines Angebotes für eine zweilagige Bitumenbahn. Die im Leistungsverzeichnis des Antragsgegners enthaltenen technischen Spezifikationen zu den jeweiligen Leistungspositionen sollten im Bieterangabenverzeichnis unter den dort jeweils aufgeführten Leistungspositionen hinsichtlich eines bestimmten Herstellers und eines bestimmten Fabrikate konkretisiert werden und sind integraler Bestandteil des Angebotes. Das Bieterangabenverzeichnis war auch zwingend mit dem Angebot abzugeben. Die Bieter mussten mithin im Bieterangabenverzeichnis angeben, welchen Typ sie von welchem Hersteller anbieten.
- b) Die Eintragungen der Antragstellerin im Bieterangabenverzeichnis bei den Leistungsverzeichnispositionen 01.05.0035 und 02.04.0024 sind eindeutig. Zwar ist der Inhalt eines Angebotes, sofern es nicht eindeutig ist, durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB festzustellen, weil es sich um eine bürgerlich-rechtliche empfangsbedürftige Willenserklärung handelt. Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen muss. Auf dessen „Horizont“ und Verständnismöglichkeit ist abzustellen, unabhängig davon, ob der Erklärende sie selbst anders verstanden (Palandt / Ellenberger, BGB, 76. Auflage 2017, § 133 RdNr. 9). Im vorliegenden Fall bedarf es aber keiner Auslegung des Angebotsinhalts der Antragstellerin, denn es fehlt an der Auslegungsbedürftigkeit. Hat eine Erklärung nach Wortlaut und Zweck einen eindeutigen Inhalt, so ist für eine Auslegung kein Raum (Palandt / Ellenberger, a.a.O. RdNr. 6). So liegt der Fall hier: Die (fehlenden) Eintragungen der Antragstellerin im Bieterangabenverzeichnis bei den Leistungsverzeichnispositionen 01.05.0035 und 02.04.0024 sind vom Wortlaut und Erklärungsgehalt eindeutig. Die Antragstellerin hat lediglich eine Unterlage angeboten, denn die technischen Angaben beziehen sich ausschließlich auf eine solche. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist auch mit der angebotenen Unterlage nicht gleichzeitig die vom Hersteller ████████ vertriebene Oberlage verbunden, die die vom Antragsgegner geforderte Spezifikationsangabe erfüllt. Dies gilt vorliegend umso mehr, als der Antragsgegner das Fehlen einer Erklärung mit dem Erklärungswert versehen hat, dass das Leitfabrikat angeboten werde. Ist - wie vorliegend - kein Leitfabrikat vorgegeben, hat eine fehlende Angabe den eindeutigen Erklärungswert, dass kein Produkt angeboten wird.

Zudem zeigt die Praxis, dass es auch keinen Erfahrungssatz des Inhalts gibt, dass Unternehmen immer genau das anbieten wollen, was der Auftraggeber über die Leistungsbeschreibung „bestellt“ hat und Abweichungen im Angebot auf einem – vom Auftraggeber als solches erkennbarem – Versehen beruhen (Oberlandesgericht Koblenz, Beschluss vom 30. März 2012 – 1 Verg 1/12 – juris, RdNr. 22). Selbst wenn das Angebot der Antragstellerin auslegungsbedürftig wäre, könnte der fehlenden Eintragung im Bieterangabenverzeichnis kein eindeutiger Erklärungswert entnommen werden: Der Hersteller [REDACTED] vertreibt hinsichtlich der Oberlage 14 unterschiedliche Produkttypen mit unterschiedlichen Typenbezeichnungen, von denen einige Produkte auch die vom Antragsgegner formulierte Spezifikationsangabe (DIN EN 1370 PYE-PV 200 S5) erfüllen.

- c) Dass die übrigen Bieter hinsichtlich der Oberlage in ihren Angeboten lediglich die Normbezeichnung wiederholt haben, kann nicht zu Gunsten der Antragstellerin durchschlagen. Zwar ist es zutreffend, dass die Angaben der übrigen Bieter bezüglich der Oberlagen im Bieterangabenverzeichnis unter der Rubrik „angebotener Typ“ hinsichtlich der bloßen Normbezeichnung ungenau sind, denn die Oberlagen werden von den Herstellern mit dem Zusatz „[REDACTED]“ angeboten, während Unterlagen dieselbe Normbezeichnung haben, aber von den Herstellern ohne den Zusatz „[REDACTED]“ vertrieben werden. Aber im Hinblick darauf, dass der Antragsgegner zweifelsohne im Bieterangabenverzeichnis zunächst eine Unterlage gefordert und die zutreffende Normbezeichnung wiedergegeben hat und sich aus den Leistungspositionennummern im Leistungsverzeichnis die jeweils technischen Anforderungen der Unter- und Oberlage ergeben, ist für ein Dachdeckerunternehmen zweifelsohne erkennbar, dass die unklare Normbezeichnung hinsichtlich der Oberlage nur auf eine solche und nicht auf eine Unterlage bezogen sein kann.
2. Da die Antragstellerin eine andere Leistung angeboten hat als vom Antragsgegner ausgeschrieben war und Nebenangebote nicht zugelassen waren, hat sie schon dadurch die Vergabeunterlagen geändert, sodass es auf die Frage der Gleichwertigkeit nicht ankommt.
3. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin durfte der Antragsgegner auch insoweit nicht nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A Aufklärung des Angebotes selbst verlangen, denn bei der fehlenden Fabrikatsangabe hinsichtlich der Oberlage handelt es sich nicht lediglich um eine Aufklärung bzw. Erläuterung bestimmter technischer Ausdrucksweisen, sondern es fehlt schlicht und ergreifend ein geforderter Angebotsinhalt, für den das zwingend angeordnete Verbot der Nachverhandlung gemäß § 15 EU Abs. 3 VOB/A gilt.
- II. Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin ist auch nach § 16 EU Nr. 1 VOB/A gerechtfertigt, denn im Zeitpunkt der Angebotsabgabe am 12. Dezember 2016 fehlte eine zulässig geforderte Fabrikatsangabe hinsichtlich der Oberlage, die integraler Bestandteil des Angebotes ist.

-
- C. 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 im Verfahren unterlegen ist, trägt sie die Kosten, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens, § 182 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz GWB. Aus dem von der Antragstellerin unterbreiteten Bruttoangebotswert ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrunde gelegt wird, eine Gebühr von [REDACTED] €. Gründe für eine Reduzierung dieser Gebühr sind weder vorgetragen noch ersichtlich, § 182 Abs. 2 Satz 1 GWB.
- III. Der 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 ist angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts gerade vor dem Hintergrund der umfassenden Vergaberechtsreform im Jahre 2016 und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 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

einulegen. 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

Denz- Kinzel
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Langsdorf
Hauptamtlicher Beisitzer