

**2. VERGABEKAMMER**  
**des Landes Hessen**  
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

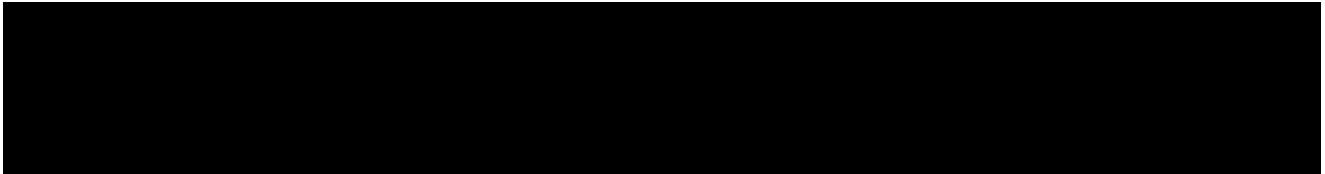
69d - VK 2 - 18/2017

HESSEN



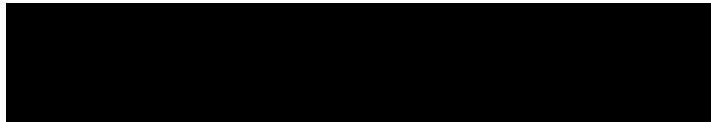
**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren der

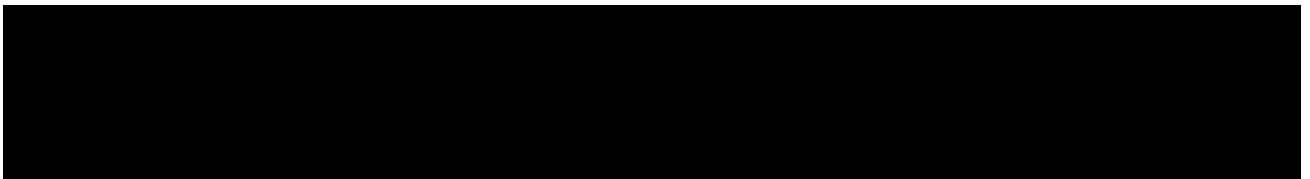


- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

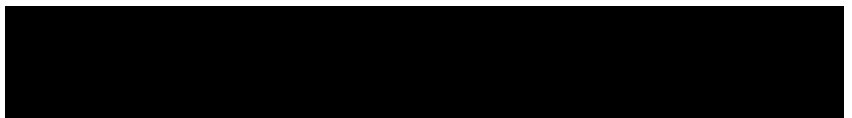


gegen

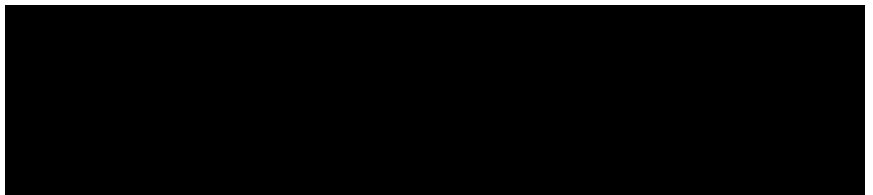


- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

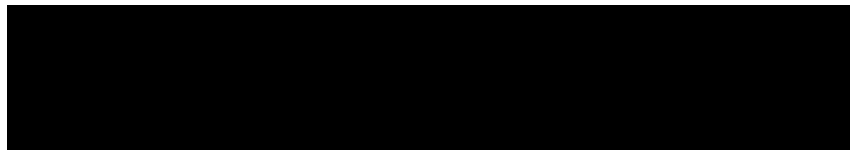


weitere Beteiligte:



- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:



wegen:

Ersatzneubau der   


hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Juli 2017 am 18. Juli 2017 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 Antragstellerin hat der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen jeweils die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung je eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

## Gründe

### I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 7. März 2017 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer 2017/S 050-091367 im offenen Verfahren die Herstellung, Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von insgesamt 348 Fertignasszellen für den Ersatzneubau der [REDACTED] in der [REDACTED] als Komplettleistung aus. Die Kostenschätzung der Antragsgegnerin lag für die hiesige Ausschreibung bei 3.864.591,00 €. Wertungskriterium war allein der Preis. Nebenangebote waren nicht zugelassen.

Nach III.1.2) und III.1.3) des Bekanntmachungstextes sollte die wirtschaftliche und finanzielle sowie technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter durch geforderte Eignungsnachweise (gemäß §§ 6a EU, 6b EU VOB/A), die in Form anerkannter Präqualifikationsnachweise (u. a. HPQR) vorliegen, zugelassen und anerkannt werden, wenn die Präqualifikationsnachweise in Form und Inhalt den geforderten Eignungsnachweisen entsprechen. Nach Ziffer 3.1.1 der Aufforderung zur Angebotsabgabe und Ziffer 3.1.2. der Bewerbungsbedingungen war von den Wirtschaftsteilnehmern (nicht präqualifizierten Unternehmen) das Formblatt Eigenerklärung zur Eignung zum Nachweis ihrer Eignung ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen. Die Eigenerklärung für nicht präqualifizierte Unternehmen sieht Angaben zu den Umsätzen des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor. Soweit die angegebenen Umsätze Bau- und andere Leistungen betreffen, sind zudem diejenigen Umsätze für Leistungen, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, sowie - bei gemeinsam mit anderen Unternehmen ausgeführten Leistungen - der Eigenanteil der erzielten Umsätze anzugeben.

Darüber hinaus haben die Unternehmen unter anderem zu erklären, dass sie in den letzten drei Geschäftsjahren vergleichbare Leistungen ausgeführt haben, und für die Ausführung der Leistung die erforderlichen Arbeitskräfte zur Verfügung stehen. Nach Ziffer 6 des Formblattes war weiterhin zu erklären, dass - soweit das Angebot in die engere Wahl komme - auf besondere Anforderung durch die Antragsgegnerin weitere Eignungsnachweise vorzulegen seien.

Nach Ziffer 4.3 c) und d) des Leistungsverzeichnisses werden an das Boden- und Wandelement der Fertignasszellen hinsichtlich der Abdichtung folgende Anforderungen gestellt:

*„Abdichtung gemäß den gültigen Richtlinien und Normen (DIN 18195, DIN 18157 und gültigen ZDB-Merkblätter usw.), einschl. aller Kanten, Übergänge Wand/Boden, Kehlen, einschl. Einlegen von Dichtband und dauerelastischer Verfüzung, dies betrifft ebenso alle Durchdringungen der Installationen in Wand und Boden.“*

Nach dem Leistungsverzeichnis mussten die Bieter ein angebotenes Abdichtungssystem zwingend benennen. Im Laufe des Vergabeverfahrens stellte die Antragstellerin folgende Bieterfrage:

*„Die Abdichtung soll gemäß Leistungsverzeichnis, Seite 16 und 17, nach den gültigen Richtlinien und Normen (DIN 18195, DIN 18157 und gültigem ZDB-Merkblatt, usw.) erfolgen. Die DIN und das ZDB-Merkblatt sehen voneinander abweichende Abdichtungsarten und Abdichtungssysteme vor. Wir gehen davon aus, dass alle am Markt zugelassenen Abdichtungssysteme für den Badbereich verwendet werden können (flüssig zu verarbeiten, bahnförmige und plattenförmige Abdichtungen). Wir bitten um Bestätigung.“*

Die Antragsgegnerin beantwortete diese Bieterfrage gegenüber allen am Verfahren beteiligten Bietern als „Ergänzung/ Berichtigung 1“ am 4. April 2017 wie folgt:

*„Es ist ein geprüftes und zugelassenes Abdichtungssystem anzubieten. Der Nachweis hat mit dem Angebot zu erfolgen.“*

Die Antragstellerin bot eine Nasszelle bestehend aus wasseraufnehmenden Bauteilen an. Mit ihrem Angebot reichte sie die erste Seite des zu ihrem unter Ziffer 4.3.c) des Leistungsverzeichnisses benannten Abdichtungssystems gehörigen allgemeinen bauaufsichtlichen Prüfzeugnisses ein, das sie erst durch Aufforderungsschreiben der Antragsgegnerin vom 5. Juli 2017 mit Datum vom 7. Juli 2017 vollständig vorlegte. Das vorgelegte allgemeine bauaufsichtliche Prüfzeugnis gilt für das von der Antragstellerin angebotene Abdichtungssystem im Verbund mit Fliesen- und Plattenbelägen für Bauwerksabdichtungen entsprechend der in der Bauregelliste A, Teil 2 unter der laufenden Nummer 1.10 genannten Bauprodukte.

Ausweislich des Submissionsprotokolls vom 12. April 2017 belegte die Antragstellerin mit ihrem Angebot den zweiten Rang, weil sie durch einen Preisnachlass in Höhe von 10 % eine Angebotsendsumme in Höhe von 4.446.036,51 € brutto erzielte.

Die von der Beigeladenen angebotene Konstruktion aus glasfaserverstärktem Kunststoff (GFK) besteht - was von der Antragstellerin nicht bestritten wird - ausschließlich aus wasserfesten Elementen. Die angebotene Nasszelle wird entweder industriell gefertigt und „in einem Guss“ geliefert und eingebaut oder vor Ort fugenlos mittels eines Laminierharzes „verschweißt“. Abdichtungen oder Abdichtungssysteme benötigt die Beigeladene für die von ihr angebotene Nasszelle nicht, weil die GFK Konstruktion wasserundurchlässig ist, die Wanddurchgänge (z.B. Armaturen, Bodenabfluss) integriert und die Nasszellen somit „fugenlos“ sind.

Die Angebotssumme der Beigeladenen beläuft sich auf 3.732.842,81 € brutto. Das von der Antragsgegnerin mit der Vergabe beauftragte Planungsbüro bezweifelte die Auskömmlichkeit der Preise der Beigeladenen für die Anlagenteile der technischen Ausrüstung (Heizung, Lüftung, Sanitär). Die Einheitspreise lägen weit unter den marktüblichen Preisen. Dieser Umstand ziehe sich konsequent durch alle Titel und Nasszellentypen. Es empfahl daher die Offenlegung der Urkalkulation. Das weitere mit der Vergabe betraute Architekturbüro forderte deshalb mit Schreiben vom 5. Mai 2017 die Beigeladene zur Aufklärung der angebotenen Einheitspreise hinsichtlich der Fachtechnik auf. Die Urkalkulation verlangte das Architekturbüro nicht. Innerhalb der gesetzten gesetzlichen Frist teilte die Beigeladene mit Schreiben vom 11. Mai 2017 mit, dass die Einheitspreise auskömmlich kalkuliert seien.

Am 23. Mai 2017 fand zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen ein technisches Aufklärungsgespräch statt. Gegenstand dieses Gespräches waren unter anderem Referenzen vergleichbar großer Projekte und die Frage des eigenen Personales der Beigeladenen. Ausführungen zur Auskömmlichkeit des Angebotspreises finden sich in dem Protokoll über das Aufklärungsgespräch am 23. Mai 2017 nicht.

Mit Schreiben vom 30. Mai 2017 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin per Fax mit, ihr Angebot solle nicht berücksichtigt werden, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Es liege ein niedrigeres Hauptangebot vor. Den frühesten Termin für die Zuschlagserteilung enthielt das Schreiben nicht.

Mit anwaltlichen Schreiben vom 1. Juni 2017 rügte die Antragstellerin die vorgesehene Zuschlagsentscheidung als vergaberechtswidrig. Die Rüge bezog sich dabei auf einen Verstoß gegen die Informationspflicht des § 134 GWB, da in dem Informationsschreiben vom 30. Mai 2017 nicht der früheste Zeitpunkt des Vertragsschlusses genannt wurde. Die Antragstellerin rügte auch die fehlende Eignung der Beigeladenen, was sie mit der Vorlage von Creditreform- Auskünften begründet. Zudem rügte sie, dass das Angebot der Beigeladenen eine Änderung der Vergabeunterlagen darstelle und deshalb zwingend von der Wertung auszuschließen sei. Es sei ausgeschlossen, dass die Beigeladene ein geprüftes und zugelassenes Abdichtungssystem angeboten habe. Auch habe die Beigeladene zu einem unauskömmlich niedrigen Angebotspreis angeboten. Ausgehend hiervon sei eine ordnungsgemäße Leistungserbringung nicht zu erwarten, sodass das Angebot auch als Unterkostenangebot auszuschließen sei, was die Antragsgegnerin bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung hätte feststellen müssen.

Mit Schreiben vom 2. Juni 2017 teilte die Antragstellerin als Klarstellung zum Informationsschreiben vom 30. Mai 2017 mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag frühestens am 13. Juni 2017 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Mit Schreiben vom 7. Juni 2017 wies die Antragsgegnerin die Rügen der Antragstellerin zurück. Die Eignung habe die Beigeladene gemäß der Eigenerklärung nachgewiesen. Vergleichbare Referenzobjekte seien nicht abgefragt worden, sondern die Eignungskriterien an § 122 Abs. 2 GWB und § 45 VgV ausgerichtet worden. Diese habe die Beigeladene erfüllt. Die angebotene Nasszelle der Beigeladenen erfülle die Anforderungen der Ausschreibung. Unabhängig von der Frage, ob die Voraussetzungen für eine zwingende Prüfung eines unangemessenen niedrigen Angebotes vorlägen, habe die Beigeladene gleichwohl im Rahmen der Aufklärung den Angebotspreis zufriedenstellend aufklären können.

Mit Schriftsatz vom 12. Juni 2017 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie bezieht sich im Wesentlichen auf ihr Rügevorbringen. Sie betont nochmals, dass das Angebot der Beigeladenen hinsichtlich der Konstruktion der Fertignasszellen Änderungen an den Vergabeunterlagen enthalte. Aufgrund der Ergänzung/Berichtigung vom 4. April 2017 der Antragsgegnerin habe diese eindeutig und unmissverständlich festgelegt, dass das Abdichtungssystem nicht nur den gültigen Richtlinien und Normen entsprechen müsse. Vielmehr habe der Nachweis, dass ein geprüftes und zugelassenes Abdichtungssystem angeboten worden sei, auch mit dem Angebot zu erfolgen. Die Antragstellerin habe dementsprechend ein allgemeines bauaufsichtliche Prüfzeugnis für das von ihr angebotene Abdichtungssystem vorgelegt, während die Beigeladenen aufgrund der von ihr verwandten Konstruktion der Boden- und Wandelemente über keine nach dem Leistungsverzeichnis erforderliche Abdichtung gemäß den gültigen Richtlinien und Normen verfüge, sodass sie dies auch nicht mit dem Angebot habe nachweisen können. Für das verwandte Abdichtungssystem müsse jedenfalls ein allgemeines bauaufsichtliches Prüfzeugnis vorgelegt werden. Eine Konformität mit der DIN 18195 bestehe nicht. Ebenfalls bestehe keine Konformität mit dem ZDB-Merkblatt.

Darüber hinaus spricht die Antragstellerin der Beigeladenen ihre (wirtschaftliche) Eignung ab. Auch sei das Angebot der Beigeladenen wegen eines unangemessenen niedrigen Preises nicht berücksichtigungsfähig. Die Antragsgegnerin habe auch keine ordnungsgemäße Prüfung der Auskömmlichkeit des Angebotes der Beigeladenen vorgenommen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot der [REDACTED] in dem Vergabeverfahren „14-144-70 \_ Fertignasszellen GKV“ unberücksichtigt zu lassen und im Übrigen die Prüfung und Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin für erforderlich zu erklären,
3. ihr Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren.

Der Antragsgegner beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, die Antragstellerin sei mit ihrer Rüge hinsichtlich der fehlenden Eignung der Beigeladenen bereits gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert, weil sie bereits vor Einreichen des Nachprüfungsantrages die vermeintlich fehlende Eignung der Beigeladenen erkannt und diese gleichwohl nicht innerhalb der Frist von zehn Kalendertagen gerügt habe. Die von der Antragstellerin vorgelegten Creditreform- Auskünfte datierten bereits vom 4. April 2017. Die Beigeladene habe ordnungsgemäß die verlangte Eigenerklärung ausgefüllt abgegeben. Eine Verpflichtung zur Vorlage von Referenzen seitens der Bieter bestand ausweislich der Vergabeunterlagen nicht. Im Übrigen habe die Beigeladene entsprechende Referenzen vorgelegt. Auch habe sie detaillierte Angaben zur Anzahl ihrer gewerblichen Mitarbeitenden in den Jahren 2014 bis 2016 gemacht.

Hinsichtlich des vermeintlich unangemessenen niedrigen Angebotes lägen die Voraussetzungen für eine solche nicht vor: Zwischen dem Angebot der Beigeladenen und dem Angebot der Antragstellerin liege eine Abweichung von lediglich 16 %. Eine Nachfrage- und Aufklärungspflicht habe für die Antragsgegnerin in Ansehung von Erfahrungswerten nicht bestanden. Das Angebot der Beigeladenen liege sehr nahe an der für dieses Vorhaben erstellten Kostenschätzung der von der Antragsgegnerin beauftragten Architekten. Des Weiteren lägen der Antragsgegnerin Erfahrungswerte aus der unmittelbar zuvor aus formalen Gründen aufgehobenen, inhaltlich identischen Ausschreibung über das Gewerk Fertignasszellen in Thüringen vor. Dort hätten sich die Angebotssummen der drei Bestbietenden zwischen 3.700.000,- € und 3.900.000,- € bewegt. Gleichwohl habe die Antragsgegnerin überobligatorisch den Angebotspreis hinterfragt. Die Beigeladene habe zur Überzeugung der Antragsgegnerin die Auskömmlichkeit ihres Angebotspreises belegen können.

Die Beigeladene habe auch ein wasserdichtes GFK-Bodenelement angeboten, welches den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspreche. Eine Verpflichtung der Beigeladenen, ein bauaufsichtliches Prüfzeugnis vorzulegen, bestehe nicht.

Mit Beschluss vom 12. Juni 2017 wurde die Beigeladene zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogen und erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie Gebrauch gemacht hat.

Die Beigeladene beantragt ebenfalls,

den Nachprüfungsantrag abzulehnen.

Sie ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, letztlich jedoch unbegründet. Bereits der Korpus des von ihr angebotenen Fertigbades sei von Grund auf absolut wasserundurchlässig. Das Bodenelement bestehe aus einer in sich geschlossenen, aus einem Teil gefertigten Bodenwanne mit seitlichen Aufkantungen in GFK- Bauweise. Ihre Konstruktion sei – einfach formuliert – mit der Konstruktion von Booten und Yachten in GFK- Bauweise vergleichbar.

Der von ihr angebotene Korpus bedürfe im Hinblick auf die auf Böden und Wänden angebrachten Fliesen und Plattenbeläge weder einer Abdichtung noch eines Abdichtungssystems. Die von der Antragsgegnerin und der Antragstellerin erwähnte laufende Nr. 2.50 der Bauregelliste A, Teil 2 in Verbindung mit § 16 Hessische Bauordnung (HBO) sei auf das von ihr - der Beigeladenen - angebotene Produkt nicht anwendbar. Diese regle erforderliche Abdichtungen im Verbund mit Fliesen und Plattenbelägen für Wände und Böden im Innenbereich, wenn diese mit Gebäuden verbunden sind, gegen nicht drückendes Wasser bei hoher Beanspruchung wie zum Beispiel auf Nassräumen im öffentlichen und gewerblichen Bereich. Dies sei in Bezug auf herkömmliche Ausführungen der Wände und Böden mittels offenerporiger und kapillarleitender und demzufolge wasser aufnehmen der Baumaterialien, wie beispielsweise Betonteilen, anzuwenden, wie sie auch die Antragstellerin verwende. Bei diesen herkömmlichen Bauweisen unterfalle das Abdichtungssystem im Verbund mit Fliesen und Plattenbelägen im Sinne der laufenden Nummer 2.50 der Bauregelliste A, Teil 2 den dort geregelten Verwendbarkeitsnachweisen, da die Verlegeuntergründe an Böden und Wänden im Gegensatz zu der von ihr - der Beigeladenen - angebotenen Konstruktion der Nasszellen nicht von vorneherein wasserfest seien. Die Bauregelliste A, Teil 2 finde auf die in Bezug genommene laufende Nummer 2.50 auf das von ihr unterbreitete Angebot hinsichtlich der Nasszelle keine Anwendung. Der von ihr angebotenen Nasszellenkörper entspreche den allgemein anerkannten Regeln der Technik und unterfalle daher den geregelten Bauprodukten bzw. Bauarten im Sinne der §§ 16 ff. HBO.

Die mündliche Verhandlung hat am 13. Juni 2017 stattgefunden. Die Sach- und Rechtslage wurde mit den Beteiligten ausführlich erörtert. Die Beigeladene hat dabei erklärt, dass die von ihr angebotene Nasszelle aus zugelassenen und geprüften Baustoffen bzw. Bauprodukten bestehe, und die Boden- und Wandelemente an sich schon wasserundurchlässig seien. Die von ihr angebotene Nasszelle sei praktisch mit einem Boot bzw. einer Yacht vergleichbar. Die Nasszelle bestehe aus einer einzigen Form, die keinerlei Fugen beinhalte. Die erforderlichen Wanddurchgänge für den Abfluss bzw. die Armaturen seien von vorneherein in das Formteil (Nasszelle) integriert. Auch könne sie direkt vor Ort die wasserundurchlässigen Wand- und Bodenteile „verschweißen“, sodass auch bei Endmontage vor Ort ein Formteil (Nasszelle) entstehe, das keine Fugen habe. Alles sei sozusagen aus einem Guss.

In der mündlichen Verhandlung hatte die erkennende Vergabekammer darauf hingewiesen, sie gehe von einer unzureichenden Dokumentation der Aufklärung der Auskömmlichkeit des Angebotes der Beigeladenen aus. Mit Verfügung vom 14. Juli 2017 wies die Vergabekammer die Antragstellerin darauf hin, dass sie aufgrund der Beratung sowie in Ansehung des Beschlusses des Oberlandesgerichtes Celle vom 13. Januar 2011, Az.: 13 Verg 15/10 ihre Meinung geändert habe. Die Antragstellerin hat Gelegenheit erhalten, sich hierzu bis zum 18. Juli 2017 zu äußern.

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 die von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig (dazu A.), soweit zulässig, aber nicht begründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig. Zwar ist der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten eröffnet (dazu II.). Aber der Antragstellerin fehlt teilweise die Antragsbefugnis (dazu III.). Soweit ihre Antragsbefugnis reicht, hat die Antragstellerin die von ihr geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts rechtzeitig gerügt (dazu IV.).
- I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl I S. 1750, berichtigt S. 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1. Juni 2017 (BGBl I, S. 1416), ist eröffnet, weil die europaweite Ausschreibung des hier verfahrensgegenständlichen Teilloses eines weitere Fachlose umfassenden Gesamtbauprojektes (Ersatzneubau der [REDACTED] [REDACTED]) nach dem 18. April 2016 erfolgte, § 186 Abs. 2 GWB.
- II. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB, denn die [REDACTED] hält 50,1 % Anteile an der [REDACTED]. Bei dem streitgegenständlichen Bauauftrag handelt es sich um einen Bauauftrag nach § 103 Abs. 1, 3 Satz 1 Nr. 2 GWB. Der maßgebliche Schwellenwert des Gesamtbauprojektes überschreitet den 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, zuletzt geändert durch Art. 1 Abs. 1 lit. a) der Delegierten Verordnung (EU) 2015/2170 der Kommission vom 24. November 2015 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren maßgeblichen Schwellenwert von 5.225.000,- €.
- III. Die Antragstellerin ist jedoch nur zum Teil antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat zwar zum Teil sowohl die Möglichkeit einer Rechtsverletzung (dazu 1.) als auch die Möglichkeit eines Schadens (dazu 2.) vorgetragen. Im Hinblick auf den Vortrag der Antragstellerin, der Beigeladenen fehle die (wirtschaftliche) Eignung, ist die Antragsbefugnis jedoch zu verneinen (dazu 3.).



1. Die Antragstellerin ist sowohl im Hinblick auf das Vorliegen eines Ausschlussgrundes wegen einer Änderung der Vergabeunterlagen durch die Beigeladene (dazu a)) als auch wegen eines möglicherweise unauskömmlichen Angebotes der Beigeladenen (dazu b)) antragsbefugt.
  - a) Aus dem Vortrag der Antragstellerin ergibt sich, dass sie durch einen möglicherweise nicht erfolgten, zwingenden Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen und die beabsichtigte Zuschlagserteilung durch die Antragsgegnerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt sein kann, weil möglicherweise Vorschriften des Vergaberechts nicht eingehalten worden sind, § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB.
  - b) Dies gilt – entgegen der bisherigen Rechtsprechung der erkennenden Vergabekammer (Beschluss vom 13. Mai 2011 – 69d VK 14/2011 – juris, RdNr. 67 mit weiteren Nachweisen), die hiermit ausdrücklich aufgegeben wird – auch insoweit, als der beabsichtigte Zuschlag auf ein vermeintliches Unterkostenangebot der Beigeladenen erfolgen soll, da nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A ohne vorherige Aufklärung ein Zuschlag hierauf nicht erteilt werden darf. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 31. Januar 2017 (X ZB 10/16 – juris, RdNr. 15) haben die Bieter einen Anspruch darauf, dass der öffentliche Auftraggeber, wenn Preis oder Kosten eines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen, vom Bieter Aufklärung verlangt. § 16d EU Abs. 1 VOB/A sieht Entsprechendes vor. Da jeder Bieter nach § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch auf Einhaltung dieser Bestimmungen über das Vergabeverfahren hat, kann er eine mögliche Verletzung dieser Aufklärungspflicht auch im Nachprüfungsverfahren geltend machen. An die Schlüssigkeit des Vortrages sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, zumal es hinsichtlich der Preisbildung um Einblicke in die Sphäre jenes Unternehmens geht, über die der Antragsteller üblicherweise nicht verfügt, und die er auch schon wegen des engen Fristenrahmens im Vergaberecht kaum rechtzeitig durch hinreichende Indizien zusammentragen kann (Bundesgerichtshof, a.a.O., RdNr. 18). Für die Darlegung einer möglichen Rechtsverletzung genügt es daher, wenn der Antragsteller die Preisdifferenz zu seinem Angebot rügt, und darlegt, dass er die vorgesehene Vergabe zu dem fraglichen Preis auch gegenüber dem Auftraggeber vorprozessual gestellt hat und wie weit die Auskunft des öffentlichen Auftraggebers die eigenen Bedenken nicht ausgeräumt hat (BGH a.a.O.). Gemessen hieran ist der Vortrag der Antragstellerin ausreichend.
2. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen führt das mögliche Vorliegen eines überhöhten Angebotes der Antragstellerin nicht zum Fehlen der Antragsbefugnis, denn durch einen möglichen Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen und einer durch die Vergabekammer möglicherweise auszusprechenden Wertungswiederholung bei weiterhin bestehender Vergabeabsicht der Antragsgegnerin würden sich die Zuschlagschancen für die Antragstellerin, die auf dem zweiten Platz liegt, jedenfalls verbessern.

Dies gilt selbst dann, wenn die anschließend von der Antragsgegnerin durchzuführende Prüfung ergäbe, dass die Antragstellerin einen unverhältnismäßig hohen Preis angeboten hat. Diese Möglichkeit genügt, um einen möglichen Schaden der Antragstellerin im Sinne § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB bejahen zu können.

3. Die Antragstellerin ist jedoch nicht antragsbefugt, soweit sie die „schlechte Bonität“ der Beigeladenen geltend macht. Der Vortrag ist insoweit unsubstantiiert und nicht geeignet, die Möglichkeit einer Rechtsverletzung schlüssig darzulegen. Die von der Antragstellerin hierfür zugrundegelegten Angaben der Wirtschaftsauskunft „Creditreform“ sind nicht geeignet, tatsächlich verlässliche Informationen über Unternehmen zu erhalten. Die Ausführungen der Wirtschaftsauskunft „Creditreform“ zur Bonität und zum Krediturteil stellen Werturteile da, die allein von der betreffenden Wirtschaftsauskunft getroffen werden. Worauf diese beruhen, ist völlig unklar und einer Überprüfung nicht zugänglich. Eine von der Wirtschaftsauskunft getroffene Einstufung der Bonität als „schwach“ führt im Übrigen nicht zur Verneinung der Eignung, da insbesondere aufgrund dieser Einschätzung nicht zwingend zu erwarten ist, dass die Unternehmen die Leistung nicht erfüllen und den Auftrag nicht einwandfrei ausführen werden.
- IV. Soweit die Antragsbefugnis der Antragstellerin reicht, hat diese die geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts rechtzeitig gerügt, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Dies würde im Übrigen - käme es darauf noch an - auch im Hinblick auf die Rüge der fehlenden Eignung der Beigeladenen gelten. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin war die Antragstellerin nicht gehalten, bereits aufgrund der „Erkenntnisse“ aus der Auskunft der „Creditreform“ zu rügen. Würde man dies fordern, käme dies einer präventiven Rüge gleich, denn erst mit der Mitteilung der Antragsgegnerin, den Zuschlag auf das Angebot der - nach Auffassung der Antragstellerin ungeeigneten - Beigeladenen erteilen zu wollen, hat sich der von ihr gerügte Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts tatsächlich manifestiert.
- B. Der Nachprüfungsantrag ist, soweit zulässig, nicht begründet. Die Antragstellerin ist durch den beabsichtigten Zuschlag der Antragsgegnerin auf das Angebot der Beigeladenen nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Das Angebot der Beigeladenen ist nicht wegen Änderung der Vergabeunterlagen gemäß § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zwingend von der Wertung auszuschließen (dazu I.). Darüber hinaus ist das Angebot der Beigeladenen auch nicht wegen eines unangemessen niedrigen Preises gemäß § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A auszuschließen (dazu II.). Schließlich hat die Antragsgegnerin die - ursprünglich unzureichende - Dokumentation des Vergabeverfahrens im Hinblick auf die Aufklärung eines gegebenenfalls unauskömmlichen Angebotes im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens in zulässiger Weise nachgeholt (dazu III.).

- 
- i. Das Angebot der Beigeladenen ist nicht wegen Änderung der Vergabeunterlagen gemäß § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zwingend von der Wertung auszuschließen. Den Verdingungsunterlagen kann nicht eindeutig entnommen werden, ob die Antragsgegnerin Abdichtungssysteme oder Abdichtungen ausschreiben wollte.
  1. Für die Auslegung von Vergabeunterlagen ist auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters abzustellen, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist, §§ 133, 157 BGB. Maßgeblich ist nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters, sondern, wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung versteht (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 12. Juli 2016 - 11 Verg 9/16 - juris, RdNr. 110 mit weiteren Nachweisen).
  2. Eine Gesamtschau des Leistungsverzeichnisses zeigt, dass die Begriffe Abdichtung bzw. Abdichtungssystem synonym verwandt werden. Bei Auslegung nach dem so definierten Empfängerhorizont ergibt sich, dass es der Antragsgegnerin im Ergebnis ausschließlich auf die Wasserundurchlässigkeit der eingebauten Nasszellen sowie darauf ankam, dass die sichere Prognose der entsprechenden Eigenschaft durch den Nachweis eines den Regeln der Technik entsprechenden Systems gestützt wird. Der Leistungsbeschreibung ist auch nicht zu entnehmen, dass überhaupt zwingend eine Abdichtung oder Abdichtungssystem anzubieten war. Auch aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin verschiedene Normen, die sowohl für Abdichtungen wie auch für Abdichtungssysteme gelten, im Leistungsverzeichnis aufgeführt hat, und diese auch nicht abschließend sind, ergibt sich, dass sie hier nicht ausschließlich ein Abdichtungssystem angeboten haben wollte. Der Antragsgegnerin ging es schlicht darum, eine wasserundurchlässige Nasszelle zu erhalten, die weder an Wand-, Boden- und Deckenelementen noch an Fugen, Kehlen und Übergängen wasserundurchlässig ist (siehe S.16 und 17 des Leistungsverzeichnisses). Durch die Ergänzung/Berichtigung 1 vom 4. April 2017 hat die Antragsgegnerin deutlich gemacht, dass sie, wenn die Bieter ein Abdichtungssystem anbieten wollen, dieses geprüft und zugelassen sein muss, um insbesondere den Anforderungen des § 16 HBO zu entsprechen. Der Nachweis der Übereinstimmung mit den Regeln der Technik war mit dem Angebot einzureichen. Auf Nachfrage der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin bestätigt, dass es ihr nicht darauf angekommen sei, ob die angebotenen Nasszellen mit Abdichtungssystemen oder Abdichtungen versehen seien.
  3. Die von der Antragsgegnerin beispielhaft benannten Normen und Merkblätter gelten für und regeln unterschiedliche Abdichtungsarten und -system, für die wiederum unterschiedliche Anwendungsbereiche gelten. Nach der DIN 1895, Bauwerksabdichtung Teil 5 sind Abdichtungen und Abdichtungssysteme für wasseraufnehmende bzw. wasserundurchlässige Bauteile erforderlich. Dies ergibt sich aus dem Anwendungsbereich der DIN 1895, der ausdrücklich wasserundurchlässige Bauwerke und Konstruktionen aus Beton mit hohem Wassereindringwiderstand ausnimmt.

Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass je nachdem, welchen Baustoff die Bieter für die Wand-, Boden-, und Deckenelemente der Nasszelle ihrem Angebot zugrunde legen, die entsprechende Abdichtungsart oder das entsprechende Abdichtungssystem aus dem jeweiligen Anwendungsbereich der Abdichtungsnormen gewählt werden muss. Die Antragstellerin hat eine Nasszelle aus wasserdurchlässigen Bauteilen angeboten, sodass sie ein Abdichtungssystem anbieten musste, was sie auch getan hat. Dabei waren nicht nur die Fugen, Kehlen, und Kanten abzudichten (Abdichtung), sondern auch die Flächen an sich (zusammen mit der Abdichtung der Fugen, Kanten und Kehlen ist dies ein Abdichtungssystem). Für dieses Abdichtungssystem musste die Antragstellerin – was sie auch hat – ein geprüftes und zugelassenes Abdichtungssystem entsprechend den einschlägigen DIN- Vorschriften vorgelegen.

4. Hingegen fällt die GFK Konstruktion der Beigeladenen in keinen Anwendungsbereich der möglichen von der Antragstellerin auch nicht abschließend aufgezählten Normen/Richtlinien, weil es für die Herstellung der GFK keine Regeln der Technik gibt. Die angebotene Konstruktion der Beigeladenen ist bereits wasserfest und ein „fugenloser“ Körper. Wanddurchgänge (Bodenabfluss, Armaturen) sind von vorneherein in die Wand- und Bodenelemente integriert, sodass beispielsweise die Armaturen nur noch anzuarbeiten und nicht abzudichten sind. Auch dann, wenn die Beigeladene die Nasszelle vor Ort aus einzelnen Wand-, Boden- und Deckenelementen mittels Laminatharzen „verschweißt“, entsteht ein einziger wasserfester und „fugenloser“ Körper, in dem auch schon die erforderlichen Wanddurchgänge integriert sind. Die verwandten Materialien sind dieselben geprüften und zugelassenen wie diejenigen, die für die industrielle Fertigung von der Beigeladenen verwandt werden. Einfach und untechnisch ausgedrückt, hat die Beigeladene eine aus wasserfesten Materialien bestehende, in einem Guss gefertigte Nasszelle angeboten, für die sie weder Abdichtungen noch ein Abdichtungssystem entsprechend den geltenden Normen und Richtlinien braucht, die aber dennoch den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses der Antragsgegnerin entsprechen.
5. Die DIN 1895 findet also auf die von der Beigeladenen angebotene Nasszelle keine Anwendung. Da die Beigeladene auch keinen Korpus mit offenporigen und kapillarleitenden Baumaterialien, wie zum Beispiel Beton (so aber die Antragstellerin), angeboten hat, findet die laufende Nummer 2.50 der Bauregelliste A, Teil 2 in Verbindung mit § 16 HBO auf das Angebot der Beigeladenen keine Anwendung, denn diese regelt erforderliche Abdichtungen im Verbund mit Fliesen und Plattenbelege für Wände und Böden im Innenbereich, wenn diese mit Gebäuden verbunden sind, gegen nicht drückendes Wasser bei hoher Beanspruchung wie zum Beispiel auf Nassräumen im öffentlichen und gewerblichen Bereich.

- II. Das Angebot der Beigeladenen ist auch nicht wegen eines unangemessen niedrigen Preises gemäß § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A auszuschließen. Die Antragsgegnerin hat die Beigeladene zwar in Textform zur Aufklärung der Auskömmlichkeit der angebotenen Einheitspreise in Bezug auf Heizung, Lüftung und Sanitär aufgefordert, da sie für das Angebot der Beigeladenen insgesamt die Aufgreifschwelle, die sie bei einem Preisabstand von 20 % zum nächsthöheren Angebot als gegeben ansieht, als überschritten angesehen hat. Letzteres hat die Antragsgegnerin aber lediglich in dem Rügeantwortschreiben vom 7. Juli 2017 mitgeteilt. Erst in den anwaltlichen Schriftsätzen und der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin deutlich gemacht, dass das Angebot der Beigeladenen nahe an die Kostenschätzung herankommt.

Zudem habe sie aufgrund einer vorherigen, inhaltlich identischen Ausschreibung, bei denen die drei Bestplatzierten Angebote zwischen 3.700.000,- € und 3.900.000,- € eingereicht hatten, entsprechende Erfahrungswerte, die die Auskömmlichkeit des Angebotes der Beigeladenen bestätigten. Die Beigeladene hat in der mündlichen Verhandlung die entsprechenden Erfahrungswerte der Antragsgegnerin durch genaue Submissionsergebnisse bei einer inhaltlich vergleichbaren Ausschreibung bestätigen können. Es bestand daher für die Antragsgegnerin keine Veranlassung, die Auskömmlichkeit des Angebotes der Beigeladenen durch ein Aufklärungsgespräch oder Prüfung der Urkalkulation näher zu prüfen.

- III. Zutreffend ist allerdings, dass der entsprechende Sachverhalt in den Vergabeunterlagen zunächst nicht hinreichend dokumentiert war, § 20 EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A. Die erforderliche Dokumentation hat die Antragsgegnerin allerdings im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nachgeholt, was zulässig ist. Das Oberlandesgericht Celle (Beschluss vom 13. Januar 2011 - 13 Verg 15/10 - juris RdNr. 40) führt hierzu aus:

*„Auch im Vergabenachprüfungsverfahren können Gründe nachgeschoben werden, wobei der Dokumentationspflicht genügt ist, wenn dies in anwaltlichen Schriftsätzen erfolgt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2010, Verg 19/10, zit. nach juris, Rn. 150; diese Entscheidung steht nicht im Widerspruch zum Senatsbeschluss vom 11. Februar 2010, 13 Verg 16/09, zit. nach juris, Rn. 34 ff: dort ging es allein um die nachträgliche Dokumentation, während vorliegend auch die eigentliche (Ermessens-)Entscheidung selbst nachgeholt wird).“*

- 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, hat sie die Kosten zu tragen (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

- 
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 182 Abs. 2 GWB. Aus der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Wertung der Angebote ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von [REDACTED] €.
- III. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB. Da die Beigeladene das Verfahren durch umfangreichen Schriftsatzvortrag gefördert und sich durch die Stellung von Anträgen einem eigenen Kostenrisiko ausgesetzt hat, entspricht es billigem Ermessen, auch ihr einen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Antragstellerin zuzusprechen, § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB.
- IV. Die Hinzuziehung je eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene ist angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes sowie der umfassenden Vergaberechtsreform im Jahre 2016 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