



SACHSEN-ANHALT

LANDESV ERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 7 Verg 2 /17 vom 12.06.2017

AZ: 1 VK LSA 02/17

Halle, 09.05.2017

In dem Nachprüfungsverfahren der

§ 16 EU Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A, § 97 Abs. 6 GWB

- Verstoß gegen drittschützendes materielles Vergaberecht
- Änderungen an den Vergabeunterlagen

Ein fairer, transparenter und diskriminierungsfreier Wettbewerb verlangt vergleichbare Angebote, so dass Änderungen der Vorgaben der Vergabeunterlagen verboten sind. Die Bieter müssen grundsätzlich davon ausgehen, dass der Auftraggeber die Leistung auch so angeboten haben will, wie er sie in den Verdingungsunterlagen festgelegt hat. Eine solche Änderung liegt immer dann vor, wenn das Angebot von den Verdingungsunterlagen abweicht, also dann, wenn Angebot und Nachfrage sich nicht decken.

.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

gegen

die
.....

Antragsgegnerin

unter Beiladung der

.....
.....

und

.....
.....

Beigeladene

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

wegen

der gerügten Vergabeverstöße im Offenen Verfahren zur Baumaßnahme hat die 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 20.04.2017 unter Vorsitz des Leitenden Regierungsdirektors sowie unter Mitwirkung der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin und der ehrenamtlichen Beisitzerin beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beigeladenen sowie der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) vor der Vergabekammer beziffern sich auf insgesamt Euro.
4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.
5. Die Antragstellerin hat für die Akteneinsicht einen Kostenbetrag von Euro zu entrichten.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 12.11.2016 auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) den im Wege eines Offenen Verfahrens aus. Alleiniges Zuschlagskriterium sollte der Preis sein.

Ausweislich Punkt II.2.1) der Bekanntmachung waren für den Unterbau 19.000 m³ F2-Baustoff sowie 18.000 m³ F2-Baustoff herzustellen.

In der Baubeschreibung waren die Technischen Lieferbedingungen für Böden und Baustoffe im Erdbau des Straßenbaus (TL BuB E-StB) sowie die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen und Richtlinien für Erdarbeiten im Straßenbau (ZTV E-StB) festgeschrieben. Diesbezüglich definieren die ZTV E-StB den Oberbegriff Baustoffe unter Ziffer 1.4 und verweisen

in Ziffer 1.4.1 und 3.2.1 als Unterpunkte u. a. auf Böden und Baustoffe nach TL BuB E-StB. Unter den Ziffern 1.3 der TL BuB E-StB sowie 3.2.1 der ZTV E-StB sind nachfolgende Definitionen angegeben:

Böden im Sinne der TL BuB E-StB sind von einem Verarbeitungsbetrieb gesammelte und aufbereitete Böden gleicher oder unterschiedlicher Herkunft, die für die Errichtung von Erdbauwerken geliefert werden. Böden mit Fremdbestandteilen < 10 Vol.-% gelten ebenfalls als Böden.

Böden mit Fremdbestandteilen sind Böden mit Fremdbestandteilen > 10 Vol.-% und bis 50 M.-%. Böden mit Fremdbestandteilen > 50 M.-% sind rezyklierte Baustoffe.

Baustoffe im Sinne der TL BuB E-StB sind rezyklierte und industriell hergestellte Gesteinskörnungen und Gesteinskörnungsgemische sowie mineralische Baustoffe aus Bergbautätigkeit.

Bei „Rezyklierten Baustoffen (RC)“ war nach Ziffer 2.4.1 der TL BuB E-StB zu beachten, dass der Feinkornanteil ein anderes Verhalten aufweisen könne als der Feinkornanteil natürlicher Böden. Zum Verfall neigende RC seien wie veränderlich festes Gestein zu beurteilen.

Weiterhin sind unter dem Abschnitt 3.1.3.1 der ZTV E-StB die Frostempfindlichkeitsklassen F1 bis F3 aufgeführt. Ausweislich Punkt 3.1.3.4 wird die Frostempfindlichkeit mit Ausnahme von Steinkohlenflugasche entsprechend dem Abschnitt 3.1.3.1 beurteilt.

Außerdem findet sich im Leistungsverzeichnis (LV) unter den Positionen 01.00.0019 mit der Mengenangabe 19.000 m³ und 02.00.0017 mit 18.000 m³ folgender identischer Text:

Baustoff liefern und einbauen

Geeigneter Baustoff liefern, profilgerecht einbauen und verdichten,

Baustoff = F2-Boden nach ZTV E-StB/TL BuB E-StB

(Feinstkornanteil < 0,002 mm mit < 2%, Feinkornanteil < 0,063 mm mit 15%, Kornabstufung cu>-4)

Einbaustelle = Damm der Verkehrsanlage...

Unter Abschnitt D) des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebotes legte der Auftraggeber fest, dass die Bieter u. a. das Baustoffverzeichnis auf gesondertes Verlangen vorzulegen haben. Das vorgegebene Formular wies in der Spalte „Bezeichnung des Stoffes oder Bauteils“ für die in Rede stehenden zwei Leistungspositionen den Begriff „Baustoff F2“ aus.

Des Weiteren war der Baubeschreibung unter Ziffer 3.5.1 zu entnehmen, dass für sämtliche Baustoffe nach Auftragserteilung rechtzeitig und unaufgefordert die entsprechenden Eignungs- und Gütenachweise dem Auftraggeber vorzulegen sind. Die Vorlage hat 10 Tage vor der Anwendung bzw. dem Einbau zu erfolgen.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 15.12.2016 gingen insgesamt sechs Angebote und zwei Nachlassgebote, darunter ein Angebot der Antragstellerin einschließlich Nachlass, welches preislich an erster Stelle lag, ein.

Die Antragsgegnerin forderte die Antragstellerin mit Schreiben vom 19.12.2016 schriftlich auf, u. a. das ausgefüllte Baustoffverzeichnis nachzureichen. Anschließend bat die Antragsgegnerin zur Aufklärung des Angebotes mittels Schreiben vom 18.01.2017 um Übergabe der Eignungsnachweise der angebotenen Materialien bezüglich der im Streit stehenden Leistungspositionen. Daraufhin übergab die Antragstellerin einen Prüfbericht dervom 08.03.2016.

Nachfolgend wurde der Antragstellerin mittels Schreibens per Fax vom 08.02.2017 mitgeteilt, dass ihr Angebot von der Wertung auszuschließen sei, da das angebotene Material der LV-

Positionen 01.00.0019 und 02.00.0017 nicht den Forderungen F2-Boden nach ZTV E-StB/TL BuB E-StB entspreche.

In Erwiderung rügte die Antragstellerin per Fax mit Schreiben vom 09.02.2017 und 14.02.2017 die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig und forderte die Antragsgegnerin auf, ihr Angebot zu werten. Bereits in tatsächlicher Hinsicht liege keine Abweichung von den Vergabeunterlagen vor. Gemäß der im Angebot abgegebenen Körnungslinie betrage beim zu liefernden Baustoff der Feinstkornanteil 0%, der Feinkornanteil < 10% sowie die Kornabstufung 62,5. Somit seien sämtliche geforderte Bedingungen des Baustoffes der betreffenden LV-Positionen eingehalten. Zudem entspreche es nicht der Auslegung der Ausschreibung als Ganzem, wenn die Antragsgegnerin nunmehr die Ansicht vertrete, dass als Baustoff lediglich ein Boden als vertragsgerecht betrachtet werde. Gemäß den jeweiligen Überschriften der betreffenden LV-Positionen sei ein geeigneter Baustoff zu liefern und einzubauen. Dazu zähle auch der von der Antragstellerin angebotene Baustoff. In einem weiteren Schritt habe man den Baustoff mit den Eigenschaften F2-Boden nach ZTV E-StB/TL BuB E-StB definiert. Dies erkläre, dass der Baustoff eine bestimmte Frostempfindlichkeitsklasse aufzuweisen habe. Auch dies erfülle der angebotene Baustoff. In den Leistungstexten sei die Lieferung sowie der Einbau von geeigneten Baustoffen gefordert worden. Einschränkungen zur Lieferung und zum Einbau von Ausbau- bzw. Recyclingmaterialien fänden sich lediglich in den weiteren besonderen Vertragsbedingungen bezüglich der Stoffe mit AKR-geschädigten Herkunftsorten. Auch dies sei bei dem angebotenen Baustoff nicht der Fall. Daher erfülle er alle Kriterien nach ZTV E-StB/TL BuB E-StB.

Zudem sei die Bezeichnung der Baustoffe auf die Anforderung „F2-Boden“ ein Qualitätskriterium an die Frostempfindlichkeitsklasse nach ZTV E-StB der Lieferbaustoffe. Dabei spiele es keine Rolle, ob dies ein Boden, Bodengemisch oder rezyklierter Baustoff sei. In der TL BuB E-StB sei die Definition F2-Boden gar nicht enthalten. Die Antragstellerin habe in Ableitung der Kornverteilung einen Baustoff mit F2-Boden- Qualität angeboten. Der Feinstkornanteil sei in der Mustereignungsprüfung mit 0% Masseanteil ausgewiesen und entspreche daher den Anforderungen. Ausweislich den vertraglichen Grundlagen seien die Eignungsprüfungen erst 10 Tage vor Einbau gegenüber dem Auftraggeber vorzulegen.

Da die Antragsgegnerin den Rügen ausweislich des Schreibens per Fax vom 14.02.2017 nicht abhalf, ließ die Antragstellerin mit anwaltlichem Fax-Schriftsatz vom 24.02.2017 ein Nachprüfungsverfahren vor der 1. Vergabekammer einleiten. Am selben Tag ist der Antrag auf Nachprüfung der Antragsgegnerin übersandt worden.

Die kammerseitig erfolgte Durchsicht der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen ergab, dass aufgrund der Abforderung im Rahmen der in den Verdingungsunterlagen angekündigten Prüfung seitens der Beigeladenen die Unterlagen zum Nachweis der Eignung des angebotenen Materials für die betreffenden Leistungspositionen übergeben wurden.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich darlegen, dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei.

Voranzustellen sei, dass ausweislich des klaren Wortlautes der beiden LV-Positionen die Antragsgegnerin keinen „Boden“ nach TL BuB E-StB gefordert habe.

Hinsichtlich der Anforderungen der betreffenden LV-Positionen „F2-Böden“ sei für Baustoffe und Böden im Sinne der TL BuB E-StB bezüglich der Bodengruppen einheitlich nach der DIN 18196 zu verfahren. Ebenso bestünden für Baustoffe und Böden gemäß den ZTV E-StB auch identische Anforderungen an die Einstufung der Frostempfindlichkeit (F1 - F3). Daher erkläre sich, dass die Antragsgegnerin in den LV-Positionen den „Baustoff“ mit einem F2-Boden ausdrücklich gleichsetze. So müsse der durch die Antragstellerin angebotene Baustoff (RC-Material) dem entsprechen, was für F2- Böden gelte. Und das sei bei dem angebotenen Material ausnahmslos der Fall.

Zudem finde sich weder in der Bekanntmachung noch in den Ausschreibungsdokumenten eine Anforderung von natürlichen Böden gemäß TL BuB E-StB. Vielmehr sei immer nur von Baustoffen die Rede. So sei auch kein „Boden“-Verzeichnis, sondern ein „Baustoff“-Verzeichnis gefordert worden. Nach dem hier maßgeblichen Empfängerhorizont müsse nach alledem jeder sachkundige Dritte nach dem Studium der Vergabeunterlagen davon ausgehen, dass bei den in Rede stehenden LV-Positionen Baustoffe dann angeboten werden durften, wenn die für „F2-

Böden“ auf die Frostempfindlichkeit inhaltsgleich geltenden Anforderungen erfüllt werden. Folglich sei ein F2-Boden schon gar nicht gefordert gewesen.

Außerdem beschreibe der im Rahmen der Aufklärung übergebene Prüfbericht der detailliert das angebotene Material, weise die Prüfergebnisse zu den vorgenommenen bautechnischen und stofflichen Untersuchungen aus, und benenne auch die einschlägige Bezugsquelle. So ergebe sich aus der Körnungslinie, Anlage 1 des Prüfberichtes, die Erfüllung der Anforderung bezüglich des Feinstkornanteils. Soweit die Antragsgegnerin eine gesonderte Frostempfindlichkeitsuntersuchung benötige, hätte sie es fordern müssen. Man habe nur die Übergabe des Eignungsnachweises gefordert, wobei die Form, Art sowie der Inhalt offen bliebe. Dies insbesondere, da ausweislich Ziffer 3.5.1 der Baubeschreibung die Eignungs- und Gütenachweise für sämtliche Baustoffe erst 10 Tage vor Einbau vorzulegen seien. Eine Forderung die baustoffbezogenen Nachweise im Sinne der Ziffer 3.5.1 bereits vor Zuschlagserteilung beizubringen, würde sich damit gemäß § 97 Abs. 1 GWB als unverhältnismäßig erweisen, falls dafür kein zwingender sachlicher Grund bestehe. Schon danach bestünde für den Angebotsausschluss keinerlei Rechtsgrundlage.

Auch habe dasmit Schreiben vom 20.02.2017 bestätigt, dass das angebotene RC-Material der geforderten Frostempfindlichkeitsklasse F2 zuzuordnen sei. Aufgrund eines erneuten Prüfberichtes dieses Laboratoriums vom 23.03.2017 sei man zum Ergebnis gekommen, dass das Material Ziegelbruch zum einen das F2-Kriterium gemäß der ZTV E-StB erfülle und zum anderen der Feinstkornanteil sehr deutlich unter dem geforderten Wert liege.

Insoweit die Antragsgegnerin noch weitergehende Anforderungen in Bezug an die Eignung des Materials wie z.B. die Formstabilität, Verhalten bei der Verdichtung beim Einbau, Witterungsbeständigkeit, Volumenstabilität der Schüttung, Standsicherheit und Gebrauchstauglichkeit des Straßendamms sowie durch die Nähe der Elbe bedingte Auswirkungen aufgestellt habe, sei dies unzulässig.

Darüber hinaus werde ausdrücklich mit Nichtwissen bestritten, ob die von anderen Bietern angebotenen Materialien den Anforderungen des LV's und den zusätzlichen vorgenannten Anforderungen entsprächen. Insbesondere werde bestritten, dass die Beigeladene einen Eignungs- oder Gütenachweis bezogen auf die zusätzlichen Anforderungen vorgelegt habe. Aus dem Umstand, dass die anderen Bieter Böden angeboten hätten, könne man nicht ableiten, dass sie davon ausgegangen wären, dass man Baustoffe im Sinne der TL BuB E-StB nicht anbieten dürfe. Dies könne unterschiedliche Gründe haben.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren in einen früheren Zustand zu versetzen und dabei das Angebot der Antragstellerin zu werten,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären sowie
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens, einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin, aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Antrag zur Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens zurückzuweisen sowie
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin vertritt hingegen die Auffassung, dass man das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen habe.

Eingehend sei hervorzuheben, dass die Nähe der Elbe Auswirkungen auf die Planung und den Bau der gegenständlichen Baumaßnahme habe. Aus diesem Grund seien die Anforderungen der in Rede stehenden LV-Positionen so formuliert und zudem insbesondere darauf hingewiesen worden, dass es sich bei der Einbaustelle um einen Damm handle. Das Leistungsverzeichnis habe man innerhalb der einzelnen Positionen immer klar strukturiert, d. h. von den allgemeinen Anforderungen (hier: Baustoffe liefern und einbauen) zu den konkreten Anforderungen (hier: F2-Boden nach ZTV E-StB/TL BuB E-StB (Feinstkornanteil $< 0,002$ mm mit $< 2\%$, Feinkornanteil $< 0,063$ mm mit 15% , Kornabstufung $c_u \geq 4$)).

Bezogen auf die anderen Angebote habe das Angebot der Antragstellerin insbesondere in den Positionen des Dammbaus erheblich niedrigere Einheitspreise ausgewiesen, so dass der Auftraggeber im Rahmen der Aufklärung gemäß § 15 EU Abs. 1 VOB/A u. a. das Baustoffverzeichnis und nachfolgend entsprechende Eignungsnachweise für das angebotene RC-Material nachgefordert habe. Im Ergebnis habe die Antragsgegnerin festgestellt, dass der angebotene Baustoff nicht den Anforderungen der LV-Positionen entspreche. Durch den antragstellerseitig übergebenen Prüfbericht der konnte der Eignungsnachweis nicht erbracht werden. Eine stoffliche Zusammensetzung im Prüfbericht habe die Fremdbestandteile auf $95,1\%$ bestimmt. Dies lasse eine Einstufung in die Bezeichnung „Boden“ nach TL BuB E-StB nicht zu. Das Maß an Fremdbestandteilen führe vielmehr zu einer Einstufung als „Rezyklierter Baustoff“ (Fremdbestandteile $> 50\%$) nach TL BuB E-StB. Da es sich somit nicht um einen „Boden“ im Sinne der TL BuB E-StB handle, sei dieses Anforderungskriterium nicht erfüllt.

Des Weiteren habe man die Frostempfindlichkeitsklasse F2 gefordert. Dieses Kriterium sei ausweislich des Prüfberichtes nicht untersucht worden, so dass eine Einstufung nicht vorgelegen habe und daher auch dieses Kriterium nicht erfüllt sei. Darüber hinaus führe das im Nachprüfungsverfahren vorgelegte Schreiben des Laboratoriums für Baustoffprüfung vom 20.02.2017 zu keinem anderen Ergebnis. Unter Bezugnahme auf den v. g. Prüfbericht der gehe das Laboratorium davon aus, dass die Frostempfindlichkeitsklasse F2 erfüllt werde. Geprüft habe man dies jedoch nicht. Daher handle es sich lediglich um eine Vermutung, so dass die Antragstellerin den Nachweis des Kriterium F2 nicht erbracht habe. Auch könne aus der Anlage 1 „Körnungslinie“ des Prüfberichtes nicht der Feinstkornanteil $< 0,002$ mm entnommen werden, da die Sieblinie erst bei $0,06$ mm ansetze. Eine Nachfrage bei der habe zudem ergeben, dass die Ermittlung des Feinstkornanteils $< 0,002$ mm nicht Gegenstand des damaligen Prüfauftrages gewesen sei und man diesen demzufolge nicht ermittelt habe. Im Übrigen sei dem Schreiben des Laboratoriums des Weiteren zu entnehmen, dass der Feinstkornanteil $< 0,002$ mm bei RC-Gemischen üblicherweise nicht zu ermitteln sei, da hierfür eine aufwändige Schlämmanalyse erforderlich wäre. Ausweislich der Anforderung des Feinstkornanteils $< 0,002$ mm, müsse auch dieses Kriterium als nicht erfüllt betrachtet werden.

Ebenso konnten auch weiterführende Prüfungen ausweislich des Prüfberichtes des Laboratoriums vom 23.03.2017 zu den einzelnen Kriterien der LV-Positionen die Eignung des hier angebotenen Materials nicht mehr herbeiführen, da es sich nicht um einen „Boden“ i.S.d. TL BuB E-StB handle.

In diesem Zusammenhang müsse nochmals auf den Einbauort hingewiesen werden. Das Kriterium „Boden“ (natürlicher Boden) habe man nicht ohne Grund festgelegt. Ausweislich des LV solle das Material für den Dammbau verwendet werden. Auch damit sei für den fachkundigen Bieter klar, dass Ziegelbruch RC-Material nicht eingebaut werden könne. Denn dies sei ein zum Zerfall neigender Baustoff. Das Material könne verschiedene Ziegelarten enthalten mit jeweils unterschiedlichen Eigenschaften und sei daher nicht formstabil. Durch die Verdichtung beim Einbau dieses Materials erhöhe sich der Anteil der Feinbestandteile, so dass dieser über der genannten Grenze des Feinstkornanteils $< 0,002$ liegen würde. Ziegelbruch RC-Material sei als Dammbaustoff gemäß ZTV E-StB nicht geeignet, da aufgrund der ungenügenden Witterungsbeständigkeit die Volumenstabilität der Schüttung nicht gewährleistet sei und auch die Verdichtungseigenschaften nicht den Erfordernissen genügten. Die Standsicherheit und Gebrauchstauglichkeit des Straßendamms sei mit dem angebotenen Material nicht dauerhaft gegeben. Abschließend sei erwähnenswert, dass von den sechs Bietern kein weiterer als die Antragstellerin bei den gegenständlichen Positionen einen Baustoff i.S.d. TL BuB E-StB angeboten habe. Somit könne davon ausgegangen werden, dass für den sachkundigen

Dritten klar gewesen sei, dass Baustoffe nicht den Anforderungen des LV entsprechen. Außerdem habe die Antragsgegnerin keine neuen Anforderungen gestellt. Hier sollte ein Damm gebaut werden, der eine Straße trage und zwar unter dauerhaftem Verkehr.

Eine Verhandlung über den Inhalt des Angebotes sei im Rahmen eines offenen Verfahrens unzulässig. Auch handele es sich nicht um Unterlagen, die gemäß

§ 56 Abs. 2, 3 VgV nachgefordert werden könnten. Da man Nebenangebote nicht zugelassen habe, scheide die Möglichkeit der Wertung des Angebotes als Nebenangebot aus. Nach allem musste das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen werden.

Die Beigeladene beantragt,

1. den zur Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären sowie
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens, einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beigeladenen, aufzuerlegen.

Die Beigeladene lässt vortragen,

dass der zulässige Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen sei, da das Angebot der Antragstellerin den ausschreibungsseitigen Vorgaben des jeweiligen LV-Positionstextes nicht entspreche und daher zwingend ausgeschlossen werden müsse. Denn es sei jeweils kein Boden, sondern stattdessen ein Ausbau- und Recyclingmaterial angeboten worden. In den betreffenden LV-Positionen habe die Antragsgegnerin den zu bepreisenden Baustoff dort exakt beschrieben und wörtlich F2-Boden nach ZTV E-StB/TL BuB E-StB gefordert. Die TL BuB E-StB differenziere dabei ausdrücklich zwischen „Böden“ und „Baustoffen“. Bereits hiermit stehe fest, dass ein „Boden“ keinen Unterfall eines „Baustoffs“ darstelle, sondern etwas inhaltlich Anderes sei. Auf die Frage, ob das seitens der Antragstellerin alternativ angebotene Material im Übrigen den Anforderungen an das zu liefernde Material entspreche, komme es mithin nicht an, ebenso ob das angebotene RC-Material zu einem Boden im Sinne der Definition in Ziffer 1.3 der TL BuB E-StB gleichwertig sei oder nicht. Selbst wenn vorliegend anstelle eines Bodens auch ein Baustoff hätte angeboten werden dürfen, erfülle das angebotene Material nicht die Anforderungen. So habe die Antragstellerin weder nachweisen können, dass das RC-Material die Frostempfindlichkeitsklasse F2 noch den geforderten Feinstkornanteil erfülle.

Außerdem musste es nach Kenntnis der zu beachtenden Regelwerke eines verständigen und fachkundigen Bieters klar sein, dass bereits aus den zitierten LV-Positionen F2-Boden und nicht F2-Baustoff, also nur ein Boden und nicht auch alternativ ein Baustoff angeboten werden konnte. Unergiebig sei ebenso die Differenzierung seitens der Antragstellerin zwischen „natürlichen Böden“ und „von einem Verarbeitungsbetrieb gesammelten und aufbereitete Böden“. Das Zusammenspiel von ZTV E-StB und TL BuB E-StB mache dies ohne weiteres deutlich. Ziffer 1.4 der ZTV stelle klar, dass nach dortigem Verständnis „Baustoff“ ein Oberbegriff für die sodann in Ziffer 1.4.1 aufgeführten Materialien sei. Fände sich demnach in den Positionstexten nur ein Verweis auf die ZTV E-StB, dann entspräche das seitens der Antragstellerin angebotene RC-Material den Anforderungen gemäß Ausschreibungsunterlagen, wenn es sich um einen Baustoff handele, der die konkret aufgeführten Eigenschaften aufweise. Da man aber wie vorliegend auf die TL BuB E-StB hingewiesen habe, müsse die dortige Differenzierung zwischen Böden und Baustoffen auch beachtet werden. Andernfalls hätte sich die Antragsgegnerin den Hinweis auf die TL BuB E-StB schließlich sparen können. Demnach sei festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin nicht den ausschreibungsseitigen Vorgaben entspreche und somit nicht gewertet werden dürfe. Auch Abweichungen von den Vorgaben der Vergabeunterlagen würden die Vergabeunterlagen in unzulässiger Weise ändern. Nur der Vollständigkeit halber sei der Antragstellerin schließlich zuzugeben, dass der Ausschluss ihres Angebots wohl nicht auf eine vermeintlich fehlende oder unvollständige Vorlage von Eignungsnachweisen für Baustoffe gestützt werden könne, da derartige Unterlagen erst nach Auftragserteilung vorzulegen waren. Aber darauf komme es im Ergebnis nicht an, da das Angebot bereits auszuschließen sei.

Der Antragstellerin ist ausweislich des Beschlusses vom 30.03.2017 Einsicht in die Vergabeakten der Antragsgegnerin gewährt worden. Das Akteneinsichtsrecht erstreckte sich jedoch nicht auf die Unterlagen der Mitbieter bzw. solche, die Informationen über diese enthalten.

Die erkennende Kammer hat mittels Beschluss vom 07.04.2017 die zum Verfahren beigelegt.

Den Beteiligten ist in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben worden, ihren Vortrag zum Sachverhalt sowie zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

II.

Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 106 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt - vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03.

Der maßgebliche Schwellenwert von 5.225.000 € für die Vergabe von Bauaufträgen gemäß der zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden §§ 106 Abs. 1, 113 GWB i.V.m. § 3 VgV i.V.m. der einschlägigen EU-Verordnung 2015/2172 v. 24.11.2015 ist überschritten. Der Anwendungsbereich des Teiles 4 des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet.

Die 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt ist nach Abschnitt A § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW v. 17.04.2013, MBl. LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB.

Die Antragstellerin ist zudem nach § 160 Abs. 2 GWB befugt, einen Antrag zu stellen. Aufgrund des im Schriftverkehr dargelegten möglichen Schadens ist zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 Abs. 1 GG vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 GWB auszugehen.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, dass ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin beschränkt sich im Wesentlichen darauf, dass ein Ausschluss des Angebotes vergaberechtswidrig und daher nicht gerechtfertigt sei, da keine Abweichung von den Vergabeunterlagen vorliege. Dieser Vortrag ist für die Feststellung der Antragsbefugnis ausreichend.

Auch hat die Antragstellerin vollumfänglich den Erfordernissen des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB genügt. Sie wurde durch das Fax-Schreiben der Antragsgegnerin vom 08.02.2017 über den Ausschluss ihres Angebotes in Kenntnis gesetzt. Die Rügen vom 09.02.2017 und 14.02.2017 erfolgten somit unverzüglich.

Mittels Faxschreibens der Antragsgegnerin vom 14.02.2017 erhielt die Antragstellerin Kenntnis von der Erfolglosigkeit ihrer Rügevorträge. Der mit anwaltlichem Schriftsatz per Fax am 24.02.2017 bei der erkennenden Kammer eingegangene Nachprüfungsantrag wurde somit innerhalb der gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB vorgeschriebenen Antragsfrist von 15 Kalendertagen gestellt.

Zudem erfüllt der Vortrag der Antragstellerin die Voraussetzungen an einen ausreichend substantiierten Vortrag im Sinne des § 161 GWB.

Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin zu Recht wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen. Insoweit war der Ausschluss des Angebotes vom Wettbewerb gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zwingend. Es liegt daher kein Verstoß gegen drittschützendes materielles Vergaberecht im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB vor.

Ein fairer, transparenter und diskriminierungsfreier Wettbewerb verlangt vergleichbare Angebote, so dass Änderungen der Vorgaben der Vergabeunterlagen verboten sind. Die Bieter müssen grundsätzlich davon ausgehen, dass der Auftraggeber die Leistung auch so angeboten haben will, wie er sie in den Verdingungsunterlagen festgelegt hat. Eine solche Änderung liegt immer dann vor, wenn das Angebot von den Verdingungsunterlagen abweicht, also dann, wenn Angebot und Nachfrage sich nicht decken.

Die Antragstellerin hat vorliegend Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen, indem sie für die Leistungspositionen 01.00.0019 und 02.00.0017 ein Ziegelbruch, RC-Material anstelle des geforderten Bodens angeboten hat.

Soweit die Antragstellerin die Auffassung vertritt, dass die Antragsgegnerin schon keinen „Boden“ nach TL BuB E-StB verlangt habe, kann dem die erkennende Kammer nicht folgen. Auf der Grundlage der Vergabeunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung einschließlich sämtlicher Anlagen, ist durch Auslegung zu ermitteln, inwieweit das Angebot der Antragstellerin von diesen abweicht und diese damit ändert. Für die Auslegung ist ein objektiver Maßstab anzulegen und auf den Empfängerhorizont eines fachkundigen Bieters, der mit der Leistung vertraut ist, abzustellen. Dabei ist nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters maßgebend, sondern wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung verstehen muss. Voraussetzung dafür ist, dass der Auftraggeber die Leistung ausweislich § 7 EU VOB/A eindeutig und so erschöpfend beschreibt, dass alle Bieter dies im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Dabei müssen die Bieter die für die Auftragsdurchführung wesentlichen Begleitumstände kennen oder zumindest zuverlässig abschätzen können.

Im vorliegenden Fall waren in Anbetracht aller Umstände die Vorgaben der Antragsgegnerin eindeutig.

Ausgehend von dem Text der Vergabebekanntmachung war für den Unterbau ein F2-Baustoff herzustellen. Unter dem Abschnitt II.2) hat der Auftraggeber die Menge oder den Umfang des Auftrags anzugeben. Die Bezeichnung F2-Baustoff ist als grober Oberbegriff zu verstehen. Detaillierter wird es dann in den betreffenden Leistungspositionen, wo als Überschrift „Baustoff liefern und einbauen“ angegeben ist. Unmittelbar darunter wird dann der Baustoff durch das mathematische Zeichen „=“ genau identifiziert, so dass somit der Baustoff ein F2-Boden nach ZTV E-StB/TL BuB E-StB sein muss. Dies ist eine eindeutige Forderung.

Zwar wird unsystematisch in der ZTV E-StB unter Ziffer 1.4 der Begriff „Baustoffe“ einmal als Oberbegriff und nochmal als ein in 1.4.1 darunterfallendes Material mit der Bezeichnung „Böden und Baustoffe nach TL BuB E-StB“ verwendet. Jedoch durch den Verweis auf die TL BuB E-StB ergibt sich somit ausdrücklich die Unterscheidung zwischen Böden und Baustoffen. In beiden Regelwerken (Pkt. 1.3 der TL BuB E-StB sowie 3.2.1 ZTV E-StB) finden sich identische

Definitionen. Diesbezüglich gibt es bei Böden im Sinne der TL BuB E-StB nur zwei Unterscheidungen. Dies sind zum einen Böden, die von einem Verarbeitungsbetrieb gesammelte und aufbereitete Böden gleicher oder unterschiedlicher Herkunft, die für die Errichtung von Erdbauwerken geliefert werden. Darunter ist vermerkt, dass Böden mit Fremdbestandteilen < 10 Vol.-% ebenfalls als Böden gelten. Bei der nächsten Begriffsbestimmung finden sich Böden mit Fremdbestandteilen > 10 Vol.-% und bis 50 M.-%. Dann folgt der klarstellende Satz, dass Böden mit Fremdbestandteilen > 50 M.-% schon rezyklierte Baustoffe sind. Da die Antragstellerin ausweislich des Prüfberichtes der vom 08.03.2016 einen rezyklierten Baustoff (Ziegelbruch RC-Material) mit einem Anteil an Fremdbestandteilen von weit über 50 % und keinen Boden nach ZTV E-StB/TL BuB E-StB angeboten hat, entspricht das Angebot der Antragstellerin nicht den Vergabeunterlagen.

Auch aus der Bezeichnung „Baustoff F2“ im Baustoffverzeichnis kann nicht abgeleitet werden, dass somit ein Baustoff und kein Boden gefordert war. Die Eindeutigkeit der Zuordnung jedes Stoffes oder Bauteils ergibt sich aus der in Spalte 2 dazugehörigen Ordnungszahl des Leistungsverzeichnisses. Vorliegend war das die Forderung eines F2-Bodens entsprechend der in Rede stehenden LV-Positionen.

Die erkennende Kammer kommt zum Ergebnis, dass die Angaben in den Verdingungsunterlagen für einen durchschnittlichen, mit der Art der Ausschreibung vertrauten Bieterkreis, entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht missverständlich waren und daher der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin zwingend war. Weitere Ausführungen sind folglich entbehrlich.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen. Vor diesem Hintergrund ist die Antragstellerin als Unterlegene anzusehen, da sie mit ihrem Vorbringen nicht durchgedrungen ist.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig. Die Entscheidung beruht auf § 182 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz.

Ausgehend von den Bestimmungen des § 182 Abs. 2 Satz 1 GWB ermittelt sich die Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer nach der geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt. Unter Zugrundelegung der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin einschließlich Nachlass für die ausgeschriebene Leistung ergeben sich Kosten in Höhe von Euro. Zu der fälligen Gebühr addieren sich Auslagen nach § 182 GWB i.V.m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt in Höhe von Euro.

Zudem hat die Antragstellerin Kosten für ihre Akteneinsicht (§ 165 Abs. 1 GWB) in Höhe von Euro zu entrichten.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Hauptsacheverfahren beläuft sich demnach auf **Euro**, gemäß § 182 Abs. 1 Satz 1 GWB.

IV.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 171 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 172 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebe-
gründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer ange-
fochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweis-
mittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 172 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Be-
schwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 172
Abs. 3 GWB.

V.

Die ehrenamtliche Beisitzerin hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der
Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterschreiben. Ihr lag der Beschluss
hierzu vor.

.....

.....