



SACHSEN-ANHALT

LANDESV ERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 7 Verg 5/19 vom 18.10.2019

AZ: 1 VK LSA 16/19

Halle, 20.09.2019

§ 169 Abs. 2 GWB, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 2 und 3 GWB

- Antrag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlages begründet
- Rügepräklusion
- Ausschluss des Angebotes ist gerechtfertigt, da er nicht mit den Vorgaben der Ausschreibung übereinstimmt

Es reicht eine mangelnde Erfolgsaussicht in der Sache nicht isoliert aus, um die vorzeitige Gestattung einer Zuschlagserteilung zu rechtfertigen. Hinzukommen muss ein besonderes Beschleunigungsinteresse. Für das besondere Beschleunigungsinteresse spricht hier u. a., dass bereits jegliche Baustellen auf Autobahnen für den Schnellverkehr und der inzwischen unverzichtbaren Mobilität des Schwerverkehrs mit einer entsprechenden Fahrstreifenreduzierung von 3 auf 2 ein außergewöhnliches Sicherheitsrisiko für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer darstellt. Es besteht die Gefahr, dass der in Rede stehende Autobahnabschnitt nicht bis zum Beginn der Wintermonate fertiggestellt werden kann. Transportable Fahrzeug-Rückhaltesysteme erfüllen nicht die gleichen Sicherheitsanforderungen, so dass diese die Schutzwirkung für einen dauerhaften Einsatz selbst bei reduzierter Geschwindigkeit nur eingeschränkt gewährleisten können. Die Interimsmarkierungen sind nicht für einen längeren Winterbetrieb tauglich.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

.....

Antragstellerin
Antragsgegnerin im Verfahren auf Gestattung
des Zuschlags

Verfahrensbevollmächtigte

.....

.....

gegen

die

.....

Antragsgegnerin
Antragstellerin im Ver-
fahren auf Gestattung
des Zuschlags

wegen

der gerügten Vergabeverstöße im Offenen Verfahren bezüglich der Fahrbahnerneuerung der Bundesautobahn (BAB) 9 zwischen den Anschlussstellen (AS) und, Richtungsfahrbahn (RF), km bis Fahrzeug-Rückhaltesysteme, hat die 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt ohne mündliche Verhandlung unter dem Vorsitz des Leitenden Regierungsdirektorssowie unter Mitwirkung der hauptamtlichen Beisitzerin Frau und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung gestattet, den Zuschlag zu erteilen.
2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Beschluss in der Hauptsache vorbehalten.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im Supplement der EU vom 21.06.2019 auf der Grundlage der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung Art. 1 im Rahmen der Fahrbahnerneuerung der BAB 9, RF km bis Fahrzeug-Rückhaltesysteme aus. Die AS und sind mit ihren Ein- und Ausfahrten Bestandteil der Maßnahme. Alleiniges Zuschlagskriterium sollte der Preis sein.

Die Fahrzeug-Rückhaltesysteme bestehen ausweislich der Baubeschreibung aus den Schutzeinrichtungen, den Übergangskonstruktionen sowie den Anfangs- und Endkonstruktionen. Gesondert ausgewiesene Längenangaben finden sich im Leistungsverzeichnis nur für die Schutzeinrichtungen. Für die übrigen Bestandteile des Fahrzeug-Rückhaltesystems sieht das Leistungsverzeichnis die Angabe einer Stückzahl vor. Das Leistungsverzeichnis ist darüber hinaus durch einen Systemvorschlag gekennzeichnet. In diesem Zusammenhang findet sich für alle anzubietenden Fahrzeug-Rückhaltesystembestandteile neben produktneutralen Vorgaben wie z. B. der „Anprallheftigkeitsstufe“ auch eine produktbezogene Technische Übersichtsliste für Fahrzeug-Rückhaltesysteme in Deutschland (TÜL)-Nr. der Gütegemeinschaft Stahlschutzplanen.

Ausweislich Ziffer II.2.10) der Bekanntmachung sowie des Aufforderungsschreibens zur Abgabe eines Angebots vom 19.06.2019 wurden Varianten/Alternativangebote

grundsätzlich zugelassen. Gemäß Punkt 6.2 des Aufforderungsschreibens setzt ein Nebenangebot stets ein Hauptangebot voraus. Außerdem mussten entsprechend Punkt 1.5 der Baubeschreibung Nebenangebote im Vergleich mit der ausgeschriebenen Leistung qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Nebenangebote werden danach grundsätzlich nicht gewertet, wenn die Vorgaben und Auflagen aus der Planung nicht eingehalten werden. Bei Abgabe eines Nebenangebots waren Planunterlagen mit vergleichbaren Plänen mit dem Angebot einzureichen. Die in der Baubeschreibung zusammengestellten Bedingungen finden sinngemäß auch für Nebenangebote Anwendung.

Entsprechend Ziffer 6 der Baubeschreibung ist Nachfolgendes unter der Überschrift „Hinweise zur Leistungsbeschreibung“ dargelegt:

„Bedingt durch die Art der Leistungen können sich in den einzelnen Leistungspositionen und im Gesamtumfang der Leistungen Veränderungen in den OZ's ergeben. Für den AN besteht kein Anspruch auf Inanspruchnahme der Leistung insgesamt.“

Die vom Bieter/Auftragnehmer gebotenen Einheitspreise sind für alle Bauteile/Abschnitte gültig und gegebenenfalls heranzuziehen.“

Mittels Nachschreibens Nr. 1 vom 16.07.2019 informierte die Antragsgegnerin die Bieter, dass aufgrund einer internen Prüfung in aufgeführten Leistungspositionen die Anprallheftigkeit = B in Anprallheftigkeitsstufe maximal B geändert wird. Sämtliche andere Anforderungen sollen hingegen unverändert bleiben.

Bieteranfragen wurden im Rahmen des Vergabeverfahrens nicht gestellt.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 23.07.2019 gingen 7 Hauptangebote ein. Entsprechend des Angebotsschreibens reichte die Antragstellerin ein Hauptangebot einschließlich eines Nachlassgebotes ein.

Im Ergebnis der Wertung wurden antragsgegnerseitig die Angebote von vier Bietern ausgeschlossen.

Nachstehende Feststellungen konnten durch die erkennende Kammer getroffen werden.

Die Antragstellerin hielt sich in ihrem Angebot für die angebotenen Schutzeinrichtungen an die Längenvorgaben des Leistungsverzeichnisses. Bei den Übergangskonstruktionen wurden neben den geforderten Stückzahlen ergänzende Längenangaben in Klammern angegeben.

Die Antragsgegnerin gelangte im Rahmen der Angebotsprüfung zu dem Ergebnis, dass diese ergänzenden Längenangaben der Übergangskonstruktionen im Umfang von insgesamt 28 m im Widerspruch zu den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses stehen würden und das Angebot der Antragstellerin deswegen auszuschließen sei. Die Abweichungen wurden im Dokument „Überprüfung der Bieterangaben-Längenermittlung der geplanten und angebotenen Systeme“ dokumentiert.

Der Antragstellerin wurde am 01.08.2019 über die E-Vergabepattform mittels Formular „Verständigung der Bieter“ antragsgegnerseitig mitgeteilt, dass ihr (Haupt-)Angebot nicht gewertet werden könne, da man nach fachtechnischer Prüfung festgestellt habe, dass hinsichtlich der Mengenbilanz der Längen der angebotenen Fahrzeug-Rückhaltesysteme das Angebot unstimmig sei. Die Längen, welche die Antragstellerin unverändert aus dem Leistungsverzeichnis übernommen habe, entsprächen nicht denen, die aufgrund der angebotenen Fahrzeug-Rückhaltesysteme erforderlich seien. Das (Haupt-)Angebot sei daher unklar, inhaltlich abweichend somit nicht vergleichbar und

daher zwingend auszuschließen. Es sei dem Auftraggeber auch nicht zuzumuten und sei zudem auch unzulässig, durch Anpassungen des Mengengerüsts eine Vergleichbarkeit des (Haupt-)Angebots hinsichtlich der Längen, die sich aus dem Systemvorschlag zwangsläufig ergäben, herzustellen. Nebenangebote habe man zugelassen. Mit Informationsschreiben gemäß § 134 GWB über die E-Vergabeplattform am 02.08.2019 setzte die Antragsgegnerin die Antragstellerin darüber hinaus in Kenntnis, dass beabsichtigt sei, frühestens am 13.08.2019, den Zuschlag auf das Angebot des Bieters Verkehrsleitsysteme GmbH zu erteilen.

Anwaltlich vertreten ließ die Antragstellerin mittels Schreibens per Fax vom 08.08.2019 die Vorgehensweise im Verfahren, den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin sowie die vorgesehene Zuschlagserteilung an die Zuschlagsaspirantin als vergabe-rechtswidrig rügen. Der Zuschlag sei auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Das unstreitig als Hauptangebot anzusehende Angebot der Antragstellerin sei entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin inhaltlich eindeutig und ohne Abweichungen von den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses sowie der Vergabeunterlagen. Selbst wenn Unklarheiten und inhaltliche Abweichungen vorliegen sollten, wären diese vorrangig im Wege der Auslegung und ggf. Aufklärung zu beseitigen gewesen.

Ein Abstellen der Antragsgegnerin auf die Längenbilanz sei schon deswegen sach- und rechtswidrig, weil die Längenangaben im Leistungsverzeichnis keine verbindlichen Angebotsbestandteile geworden seien. Ausweislich Ziffer 6 der Baubeschreibung könnten sich durch die Art der Leistungen hinsichtlich der einzelnen Leistungspositionen und im Gesamtumfang der Leistungen Veränderungen ergeben. So sei die für den Ausschluss herangezogene Mengenbilanz der Längen der angebotenen Fahrzeug-Rückhaltesysteme aus dem Leistungsverzeichnis, in der Bekanntmachung als Grobmengen bezeichnet, die nicht maßgeblich für die Angebotslegung sein könne. Wie von der Antragsgegnerin vorgegeben, seien allein die vom Bieter angebotenen Einheitspreise heranzuziehen und zwar für alle Bauteile/Abschnitte. Schon aus diesem Grund könne der Ausschluss nicht auf angebliche Differenzen der Mengenbilanz gestützt werden. Selbst wenn diese vorliegen sollten, habe sich die Antragstellerin durch ausdrückliche Erklärung gemäß § 13 EU Abs. 1 Nr. 6 VOB/A den vom öffentlichen Auftraggeber verfassten Wortlaut des Leistungsverzeichnisses im Angebot als allein verbindlich anzuerkennen. Aufgrund dieser Verbindlichkeitserklärung würden Abweichungen zwischen der vom Bieter erstellten Kurzfassung und der Langtextfassung des Auftraggebers nicht zum Angebotsausschluss führen, da eben die Urschrift des Leistungsverzeichnisses maßgeblich sei.

Entgegen der Leistungsbeschreibung lasse die Antragsgegnerin bei Betrachtung der Längenbilanzen die jeweiligen Längen der Übergangskonstruktionen unberücksichtigt. Diese musste man nicht in Metern, sondern in Stück anbieten, obwohl diese selbstverständlich eine bestimmte Länge hätten. Entsprechend seien die erforderlichen Übergangskonstruktionen auch im Angebot der Antragstellerin berücksichtigt. Damit habe sie genau diejenigen Längen angeboten, die unter Zugrundelegung des von ihr angebotenen Systems erforderlich seien, um die ausgeschriebene Leistung vollumfänglich zu erbringen.

Jede andere Auslegung der Vergabeunterlagen würde einen Verstoß gegen das Erfordernis der produktneutralen Ausschreibung zur Folge haben. Denn bei Verbindlichkeit der aus dem Systemvorschlag abgeleiteten Längenangaben würde jedes Angebot eines abweichenden Systems wegen der unterschiedlichen Bauweisen der Übergänge zu abweichenden Mengenbilanzen führen. Trägt der Bieter abweichende Mengen in das Leistungsverzeichnis ein, wäre sein Hauptangebot wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen auszuschließen. Folglich könnte ein Hauptangebot nur unter Zugrundelegung der als Systemvorschlag bezeichneten Bauteile abgegeben werden, in allen anderen Fällen läge stets ein Nebenangebot vor, ohne den Bieter

die Möglichkeit zu geben, mit einem alternativen Produkt ein Hauptangebot abzugeben. Diese Form der verdeckten produktspezifischen Ausschreibung sei unzulässig.

Daraufhin ließ die Antragstellerin mit anwaltlichem Fax-Schriftsatz vom 09.08.2019 ein Nachprüfungsverfahren vor der erkennenden Vergabekammer einleiten. Dabei vertieft sie ihre Ausführungen im Rügevortrag und ergänzt ihre rechtliche Einlassung dahingehend, dass die Wertung von Nebenangeboten vorliegend unzulässig sei. Dies resultiere aus der fehlenden Angabe von Mindestanforderungen für Nebenangebote in der Bekanntmachung sowie aus der Unzulässigkeit der Wertung von Nebenangeboten unter dem alleinigen Wertungskriterium Preis.

Am 12.08.2019 ist der Antrag auf Nachprüfung der Antragsgegnerin übersandt worden.

Die Antragsgegnerin erwiderte mittels Schreibens vom 16.08.2019 dahingehend, dass die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen seien. Außerdem hat die Antragsgegnerin einen Antrag gemäß § 169 Abs. 2 GWB auf Vorabgestattung des Zuschlags gestellt. Dieser Antrag sei zulässig und begründet.

Das Rechtsschutzbedürfnis sei insoweit gegeben, da ein relativ kurzfristiges Ende des Nachprüfungsverfahrens nicht abzusehen sei.

Für die Ermittlung der Mengen (Längen, Stück etc.) der Fahrzeug-Rückhaltesysteme habe sich der Auftraggeber eines Systems bedienen müssen, das die für den konkreten Fall geforderte Gebrauchstauglichkeit, auch im Hinblick auf die Sicherheitsaspekte, aufweise. Dieses habe insoweit als Leitsystem zum Bestandteil des Leistungsverzeichnisses gemacht werden müssen. Das gewählte System bedinge insbesondere die Anzahl und die Länge der Übergangskonstruktionen. Diese würden sich dann auch auf die weiteren konstruktiven Längen des Systems der Fahrzeug-Rückhaltesysteme auswirken. Der Bieter habe für sein Angebot mehrere Möglichkeiten. Zum einen könne er den Systemvorschlag des Auftraggebers übernehmen, dann ergäben sich keine Änderungen der Mengen. Zum anderen könne er ein alternatives System anbieten, dass hinsichtlich der Mengen dem Systemvorschlag entspreche oder auch von diesem abweiche. Im letzteren Fall wäre dies nur als Nebenangebot zulässig.

Die Interessenabwägung ergebe, dass unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwögen.

Die Antragsgegnerin habe gemäß § 4 FSrG und § 9 StrG LSA dafür einzustehen, dass ihre Bauten den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung genügen. Durch die Zuschlagserteilung solle sichergestellt werden, dass bis zum 29.11.2019 der grundhaft sanierte Streckenabschnitt der BAB 9 wieder dem öffentlichen Verkehr übergeben werden könne. Im Zuge der seit Februar 2019 laufenden Streckensanierung seien bereits die vorhandenen Schutz- und Leiteinrichtungen, die nicht mehr dem aktuellen Stand der Technik entsprächen und darüber hinaus gemäß Erlass des BMVI bei grundhaften Sanierungsmaßnahmen zwingend zu erneuern seien, zurückgebaut worden. Planmäßig sollten im hier streitgegenständlichen Verfahren ab 16.09.2019 die Schutz- und Leiteinrichtungen verbaut und der verkehrssichere Zustand der Baustrecke wiederhergestellt werden. Während der gesamten Bauzeit werde der Verkehr über die RF auf zwei Behelfsfahstreifen je Richtung geführt.

Ohne die neu zu errichtenden Schutz- und Leiteinrichtungen sei eine Freigabe des sanierten Abschnittes ausgeschlossen. Durch die Fahstreifenreduzierung von 3 auf 2 je Richtung würden jetzt bereits Behinderungen für den öffentlichen Verkehr auftreten, was sich in den Wintermonaten jedoch noch verstärke. Damit einhergehe natürlich

auch ein erhöhtes Unfallrisiko mit Gefahren für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer. Die derzeit errichtete Verkehrsführung berge bei winterlichen Verhältnissen eine Vielzahl von Problemen beginnend bei der Haltbarkeit von Markierungsstoffen über die Standsicherheit der temporären Beschilderung (Eislast) bis hin zur fehlenden Möglichkeit Schnee aus dem Verkehrsraum zu entfernen, was in Fahrtrichtung durch eine transportable Schutzwand kaum möglich sei.

Eine Verzögerung im Vergabeverfahren und damit unweigerlich im Bauablauf gefährde direkt die Aufrechterhaltung des öffentlichen Verkehrs auf einer Länge von ca. 20 km (AS km 60,3 und der AS km 80,4) der BAB 9.

Mehrkosten in den weiteren, bereits tätigen Fachgewerken (Streckenbau und Verkehrssicherung) könnten derzeit noch nicht genau beziffert werden. Jedoch bereits jetzt könne für die Vorhaltung der Verkehrssicherung über die Wintermonate mit ca. 100.000 €/Monat gerechnet werden.

Hinzu komme, dass grundsätzlich und regelmäßig die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags bei der Eilentscheidung über die vorzeitige Zuschlagsgestattung zu berücksichtigen seien und nur höchst ausnahmsweise von der Berücksichtigung der Erfolgsaussichten im Rahmen der Interessenabwägung abzusehen sei. Mithin könnten umgekehrt trotz der grundsätzlichen Zurückhaltung bei einer vorzeitigen Zuschlagsgestattung die Interessen der Antragstellerin umso eher zurückgestellt werden, je genauer absehbar sei, dass ein Nachprüfungsantrag erfolglos bleiben werde. Die Erfolgsaussichten der Antragstellerin im Hauptsacheverfahren seien nicht gegeben.

Mit der Fachlosausschreibung wende sich die Antragsgegnerin an verständige Fachfirmen. Einer Fachfirma sollte bekannt sein, dass bei der zulässigen Wahl eines anderen Systems Mengenabweichungen entstehen könnten. Falls diese dann nicht im Rahmen eines Nebenangebotes angepasst, sondern man lediglich die Mengen des Leistungsverzeichnisses unverändert übernommen habe, führe das zu einem inhaltlich widersprüchlichen Angebot.

Entgegen den Darstellungen sei der Ausschluss auf der Grundlage des § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A erfolgt und insoweit angebotsbezogen. Die Sachlage stelle sich auftraggeberseitig eindeutig dar, so dass weder eine Aufklärung erforderlich noch geboten sei.

Soweit die Antragstellerin auf Punkt 6 der Baubeschreibung bezüglich der Veränderungen in den OZ's und der Inanspruchnahme der Leistung insgesamt verweise, könne sie damit nicht durchdringen. Diese Regelung beziehe sich nicht auf die Wertung der Angebote, sondern die Abrechnung der Leistung, hier § 2 Abs. 1 und 2 VOB/B. Es handele sich daher ausdrücklich nicht um ein Wertungskriterium.

Außerdem bedingten sich sämtliche im Leistungsverzeichnis angegebenen Übergangskonstruktionen und Systemangaben gegenseitig. Auch wenn man die ÜK mit der Mengeneinheit Stück ausgeschrieben habe, hätten diese eine bestimmte erforderlich (Prüf-)Länge und Anzahl, die sich auf die weiteren Systemlängen auswirkten. Das Angebot der Antragstellerin berücksichtige weder den Wegfall oder das Hinzukommen von Übergangskonstruktionen, noch die Auswirkungen, die sich aus den abweichenden Längenänderungen der Übergangskonstruktionen für die angeschlossenen Streckensysteme ergäben.

Ausweislich der eindeutigen Formulierung handele es sich zudem bei den Angaben des Leistungsverzeichnisses lediglich um Systemvorschläge. Von diesem Vorschlag dürfe und könne abgewichen werden, eine vermutete produktspezifische Ausschreibung liege nicht vor. Ein solcher Vorschlag sei zwingend erforderlich, um eine fachlich richtige, den besonderen örtlichen und sicherheitstechnischen Anforderungen angepasste Leistungsbeschreibung zu erstellen. Diese Vorgehensweise sei der Spezifik der Leistung geschuldet und daher alternativlos.

Die Notwendigkeit einer Aufklärung erschließe sich nicht, da der Widerspruch, der dem Angebot innewohnt, dadurch nicht aufgelöst werden könne. Änderungen des Angebots oder die Nachreichung von Nebenangeboten wären unzulässig.

Die Antragsgegnerin habe das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen, da es unklar, inhaltlich abweichend und somit nicht vergleichbar sei.

Dem Antrag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlages sei daher aus Gründen der Gefahrenabwehr und mangelnder Erfolgsaussicht in der Hauptsache stattzugeben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

ihr unter Aufhebung des vorläufigen Verbots der Zuschlagserteilung gemäß § 169 Abs. 2 GWB zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der Entscheidung zu erteilen.

Die Antragstellerin beantragt,

den Antrag der Antragsgegnerin auf vorzeitige Gestattung des Zuschlages nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der Entscheidung abzulehnen.

Die Antragstellerin lässt zum Gestattungsantrag anwaltlich vortragen, dass dieser bereits unzulässig sei, da dem Antrag das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Die Antragsgegnerin lege nicht dar, dass es aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen überhaupt möglich sei, den Zuschlag vor Ablauf der Sperrfrist nach § 169 Abs. 1 GWB zu erteilen. Zu einer schlüssigen Antragsbegründung gehöre deshalb auch die Mitteilung, dass einer Zuschlagserteilung nichts entgegensteht.

Im Übrigen habe die Antragsgegnerin die behauptete Dringlichkeit der Angelegenheit nur unzureichend begründet. Denn auch bei späterer Entscheidung über das Nachprüfungsverfahren, könne der grundhaft sanierte Abschnitt der BAB 9 dem öffentlichen Verkehr übergeben werden, wenn transportable Fahrzeug-Rückhaltesysteme in Baustellen als Interimslösung, die einen Verkehrsfluss ermöglichen, installiert werden würden.

Auch wird ein erhöhtes Unfallrisiko und damit verbundene Gefahren für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer durch längeren Fortbestand der Baustelle als ein zu allgemein behaupteter Befund erachtet, der keine Vorabgestattung des Zuschlages rechtfertigen könne. Die Antragsgegnerin habe, soweit die Baumaßnahme nicht in die Wintermonate hätte hineinreichen dürfen, die Ausschreibung zu knapp geplant und müsse nun die sich aus dem Vergabeverfahren ergebenden Verzögerungen hinnehmen. Gleiches gelte für die Haltbarkeit von Markierungsstoffen sowie die Standsicherheit der temporären Beschilderung bis hin zur angeblich fehlenden Möglichkeit, Schnee bei transportablen Schutzeinrichtungen aus dem Verkehrsraum zu entfernen. Im Übrigen solle die Baumaßnahme planmäßig bis 29.11.2019, als in die behaupteten Wintermonate hineingehen. Somit sei die Antragsgegnerin selbst davon ausgegangen, dass die Verkehrsführung in den Wintermonaten fortgeführt werden könnte.

Auch die Behauptungen, dass eine Verzögerung im Verfahren und der damit unweigerliche Bauablauf die Aufrechterhaltung des öffentlichen Verkehrs auf einer Länge von 20 km der BAB 9 die Allgemeinheit gefährde sowie Mehrkosten in den weiteren, bereits tätigen Fachgewerken, rechtfertige die Vorabgestattung des Zuschlages nicht. In diesen Zusammenhang seien die Aussagen der Antragsgegnerin dahingehend widersprüchlich, dass einerseits Mehrkosten in den bereits tätigen Fachgewerken nicht genau beziffert werden könnten und andererseits für die Vorhaltung der Verkehrssicherung mit ca. 100.000 € pro Monat zu rechnen sei.

Im Übrigen sei der Hauptantrag begründet, da die Antragstellerin ihr Angebot klar, inhaltlich eindeutig und vergleichbar abgegeben habe. Sie habe sich bei ihrem Angebot vollständig an die Mengenvorgaben sowohl in „lfm“ als auch in „Stück“ des Leistungsverzeichnisses gehalten. Das Ausschlusskriterium „Gesamtlängendifferenz“ sei an keiner Stelle der Vergabeunterlagen verbindlich vorgegeben worden. Folglich könne es auch nicht herangezogen werden, einen Ausschluss des Angebots zu begründen. Zudem sei es den Bietern nicht möglich gewesen ein alternatives System anzubieten, das hinsichtlich der Mengen dem Systemvorschlag entspreche. Der Systemvorschlag sei daher gerade kein Vorschlag. Entscheidend sei alleine der oberhalb der Überschrift des Systemvorschlags stehende Text in der Pos. des Leistungsverzeichnisses zu der jeweiligen Leistungsposition und den Bieterangaben-Systemverzeichnis. Dies habe die Antragstellerin im jeweils angegebenen System unstreitig eingehalten. Selbst wenn die Antragstellerin ein Nebenangebot abgegeben hätte, wäre es aufgrund der unterschiedlichen Mengenangaben mit anderen Hauptangeboten mangels vergleichbarer Wertung ausgeschlossen worden. Damit habe die Antragsgegnerin hier auch zugleich eine nicht von § 7 EU Abs. 2 VOB/A gedeckte systemspezifische verdeckte Ausschreibung für seinen Systemvorschlag vorgenommen. Zudem sei festzustellen, dass die Wertung von Nebenangeboten bei gegebenem alleinigem Wertungskriterium Preis nach wie vor grundsätzlich unzulässig sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte und die eingereichten Schriftsätze verwiesen.

II.

1. Der Antrag der Antragsgegnerin auf Gestattung des Zuschlages ist zulässig.

Der Nachprüfungsantrag wurde der Antragsgegnerin am 12.08.2019 übermittelt. Zu diesem Zeitpunkt war der Zuschlag noch nicht erteilt. Die Übermittlung entfaltete damit die Sperrwirkung des § 169 Abs. 1 GWB.

Soweit die Antragstellerin davon ausgeht, dass dem Antrag auf vorzeitige Zuschlags-gestattung bereits das Rechtsschutzbedürfnis fehle, da in der antragsgegnerseitigen Darlegung die Aussage nicht enthalten sei, dass es aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen überhaupt möglich sei den Zuschlag vor Ablauf der Sperrfrist nach § 169 Abs. 1 GWB zu erteilen, kann sie damit nicht durchdringen. Die Antragsgegnerin hat die an die Bieter gemäß § 134 GWB vorgeschriebene Vorinformation über die beabsichtigte Zuschlagserteilung einschließlich aller notwendigen Inhalte gegeben. Danach wäre eine Zuschlagserteilung unmittelbar möglich. Dadurch ist konkludent davon auszugehen, dass das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis zweifelsfrei gegeben ist. Weiterer Ausführungen seitens der Antragsgegnerin bedarf es dazu nicht.

2. Der Gestattungsantrag ist ebenso begründet.

Diesem war zu entsprechen, da unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens, die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung gegenüber den damit verbundenen Vorteilen überwiegen. In die dabei vorzunehmenden Abwägungen wurden auch die allgemeinen Aussichten der Antragstellerin, im Vergabeverfahren den Auftrag zu erhalten, im Rahmen einer eingeschränkten lediglich summarischen Prüfung berücksichtigt.

Dabei ist sich die erkennende Kammer durchaus bewusst, dass eine vorzeitige Gestattung des Zuschlages - und eine anschließende Zuschlagserteilung - den Primärrechtsschutz der Antragstellerin im Vergabenaachprüfungsverfahren zunichtemacht, da gemäß § 168 Abs. 2 GWB ein erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden kann. Der Suspensiveffekt, den die Zusendung des Nachprüfungsantrags gemäß § 169 Abs. 1 GWB auslöst, dient dem Ziel, eine Korrektur von möglichen Vergabefehlern vor der irreversiblen Zuschlagserteilung zu ermöglichen und dem Bieter während des Nachprüfungsverfahrens die Chance auf Erteilung des Zuschlags zu erhalten.

Im Falle der Gestattung können mögliche Vergabefehler endgültig nicht mehr verhindert werden. Der Antragstellerin bliebe allein die Möglichkeit gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB die Feststellung zu beantragen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. Diese Feststellung kann sie zwar mit Hilfe der Bindungswirkung gem. § 179 GWB in einem zivilrechtlichen Schadensersatzprozess verwerten, die Möglichkeit des Sekundärrechtsschutzes stellt die Antragstellerin jedoch erheblich schlechter gegenüber dem Verfahren des Primärrechtsschutzes, in dem sie im Erfolgsfall ihre Chance auf den Zuschlag und den Vertragsabschluss wahren kann. Aus alledem folgt, dass die primärrechtliche Verfolgung des gesetzlich geschützten Anspruchs des Bieters auf Einhaltung der Vergabevorschriften nur dann durch eine Gestattung des Zuschlags vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens ausgeschaltet werden darf, wenn das Interesse des Antragsgegners und das der Allgemeinheit an einer sofortigen Zuschlagserteilung von besonderem Gewicht ist. Dies ist hier der Fall.

2.1 Im Rahmen der in diesem Zusammenhang angezeigten lediglich summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsverfahrens ist festzustellen, dass diese nicht gegeben sind.

a) Die Antragstellerin ist mit ihrem Rügevortrag hinsichtlich einer vermeintlich verdeckten produktspezifischen Ausschreibung gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert.

§ 160 Abs. 3 GWB enthält eine Präklusionsregel unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zur Vermeidung unnötiger Nachprüfungsverfahren. Durch die Rüge erhält der Auftraggeber die Möglichkeit, einen Vergaberechtsfehler im frühestmöglichen Stadium zu erkennen und ggf. zu korrigieren. Darin liegt der wesentliche Sinn der Vorschrift. Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB hätten Vergabeverstöße, die bereits in den Vergabeunterlagen erkennbar waren bis spätestens zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots gerügt werden müssen. Die Vorschrift führt zu der Obliegenheit des Bieters, die Verdingungsunterlagen auf etwaige Vergaberechtsverstöße zu prüfen und die erkennbaren Verstöße bis zu der vorgenannten Frist zu rügen. Erkennbar sind Vergabeverstöße, die bei Anwendung üblicher Sorgfalt und Kenntnis von einem durchschnittlichen Bieter erkannt werden. Der Bieter ist jedoch in jedem Fall gehalten, sich bei der Erstellung der Angebote gründlich mit den Vergabeunterlagen auseinanderzusetzen.

Beim Maßstab der Erkennbarkeit im Sinne des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist auf den Adressaten der Bekanntmachung abzustellen. Die Bieter des konkreten Vergabeverfahrens prägen den objektiven Empfängerhorizont, aus dem heraus die Erkennbarkeit zu beurteilen ist. Hier ist von Bedeutung, dass die Ausschreibung hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes sich ausschließlich an spezialisierte Fachfirmen wendete. Die Antragstellerin ist nach ihrer eigenen Darstellung als sehr erfahren anzusehen. Sie bezeichnet sich selbst in ihrer Internetpräsentation als marktführende Anbieterin für Fahrzeugrückhalte- und Sicherungssysteme. Außerdem hat die Antragstellerin laut Internetpräsentation bereits im Jahre 2018 für die Antragsgegnerin ebenfalls auf der BAB 9 im Bereich ca. 22 km neue Schutzplankensysteme installiert.

Auslöser der Rüge ist das Informationsschreiben der Antragsgegnerin nach § 134 GWB, durch welches die Antragstellerin erstmals einen Einblick in das Verständnis der Auftraggeberseite hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Angebotserstellung erhalten haben will. Ob dieser Vortrag den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht ist rechtlich unbeachtlich, da eben dieses kritisierte Verständnis für einen durchschnittlich erfahrenen und verständigen Bieter bereits durch die Struktur der Verdingungsunterlagen hinreichend transparent wurde. Sofern die Verwendung eines Systemvorschlags unter Angabe sogenannter TÜL-Nummern und der damit einhergehenden Spezifizierung gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung verstoßen sollte, hätte dies ausweislich der Regelung des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB spätestens bis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe gegenüber der Antragsgegnerin gerügt werden müssen. Dies ist nicht erfolgt. Dem Gesichtspunkt eines eventuellen Verstoßes gegen das Erfordernis der produktneutralen Ausschreibung kommt folglich keine Fallrelevanz zu.

b) Soweit die Antragstellerin erstmals im Verfahren vor der erkennenden Kammer das Fehlen von Mindestanforderungen für Nebenangebote in der Bekanntmachung sowie die vermeintliche fehlende Zuschlagsfähigkeit von Nebenangeboten beim alleinigen Zuschlagskriterium Preis kritisiert, geht diesem Vortrag keine Rüge voraus. Das Vorbringen ist demnach ebenfalls präkludiert, 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bzw. 3 GWB.

c) Die Antragstellerin hat jedoch die vermeintliche Verletzung des Grundsatzes, dass ein Angebot vor Ausschluss zunächst auszulegen und ggf. aufzuklären sei, innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Rügefrist gerügt. Gleiches gilt hinsichtlich der auftraggeberseitigen Feststellungen zur inhaltlichen Nichtübereinstimmung von Angebot und Leistungsbeschreibung, insbesondere zu Diskrepanzen in den Längenbilanzen. Die Antragstellerin wurde durch die Antragsgegnerin noch vor dem eigentlichen Informationsschreiben am 01.08.2019 über den Ausschluss ihres Angebots in Kenntnis gesetzt. Die Rüge per Fax vom 08.08.2019 erfolgte somit innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen und genügt demnach den Erfordernissen des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB.

d) Dem insoweit eingeschränkt zulässigen Nachprüfungsantrag muss in der Sache jedoch der Erfolg versagt bleiben.

Die Antragstellerin ist durch ihren Ausschluss ihres Angebots nicht in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 1, 2, 6 GWB verletzt. Dieser erfolgte im Einklang mit den Bestimmungen des Vergaberechtes.

Dem öffentlichen Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, die von ihm für erforderlich gehaltenen Leistungspositionen zu bestimmen. Dem Bieter trifft die Verpflichtung, das Angebot so auszugestalten, wie der Auftraggeber die Leistung vorgegeben hat.

Das Leistungsverzeichnis ist vorliegend maßgeblich durch die Verwendung eines Systemvorschlags geprägt. Nach Auffassung der Vergabekammer werden zudem durch die Ausweisung der sogenannten TÜL-Nummern unter anderem auch die Längen der Übergangskonstruktionen des Leitsystems hinreichend konkret beschrieben. Für eine durchschnittlich erfahrene Fachfirma war es demnach nicht erforderlich, die Längen der Übergangskonstruktionen darüber hinaus durch ausdrückliche Benennung hervorzuheben. Ebenso dürfte für einen durchschnittlich erfahrenen Anbieter unzweifelhaft klar sein, dass sich die Längen der einzelnen Bestandteile des ausgeschriebenen Fahrzeug-Rückhaltesystems gegenseitig bedingen. Der Antragsgegnerin ist demnach zuzustimmen, dass ausgehend von den Vergabeunterlagen die Bieter den Systemvorschlag oder ein alternatives System, welches hinsichtlich der Mengen und Längen dem Systemvorschlag entspricht, anbieten konnten. Bei Abweichungen in den Mengen

oder der Längenbilanzen waren sie hingegen auf die Abgabe eines Nebenangebots verwiesen.

Die Antragstellerin hat ausweislich ihres eigenen Vorbringens ein Hauptangebot mit einem alternativen System angeboten. Dieses weist unstrittig Abweichungen in den einzelnen Längenbilanzen zum Systemvorschlag aus. Ausweislich der Auswertungsunterlagen der Antragsgegnerin ist der Tabelle „Überprüfung der Bieterangaben-Längenermittlung der geplanten und angebotenen Systeme“ eine Gesamtdifferenz des Angebots der Antragstellerin in Bezug auf die Ausschreibung von 28 m zu entnehmen. Somit stimmt das Angebot der Antragstellerin nicht mit den Vorgaben der Ausschreibung überein. Die Einstufung des Angebots der Antragstellerin als Nebenangebot scheitert unter anderem hier an der Abgabe eines weiteren Hauptangebots, Ziffer 6.2 des Aufforderungsschreibens.

Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass aufgrund der Ziffer 6 der Baubeschreibung sich in den einzelnen Leistungspositionen und im Gesamtumfang der Leistungen Veränderungen in den OZ's ergeben könnten und daher die Längenangaben keine verbindlichen Angebotsbestandteile geworden seien, geht sie fehl. Grundsätzlich betrifft diese Regelung lediglich die Abrechnung der Leistung und nicht den Leistungsgegenstand. Dieser wird durch das Leistungsverzeichnis definiert. In diesem Zusammenhang ist auch die Angabe der Grobmengen in der Bekanntmachung rechtlich ohne Relevanz.

Das Angebot der Antragstellerin kann im Rahmen der summarischen Prüfung nur als nicht zuschlagsfähig bezeichnet werden. Es ist insoweit einer erfolgreichen Aufklärung oder Auslegung nicht zugänglich.

2.2 Dessen ungeachtet reicht eine mangelnde Erfolgsaussicht in der Sache nicht isoliert aus, um die vorzeitige Gestattung einer Zuschlagserteilung im Hinblick auf die besondere Bedeutung des Primärrechtsschutzes zu rechtfertigen. Hinzukommen muss ein die Nachteile einer vorzeitigen Gestattung der Zuschlagserteilung überwiegendes besonderes Beschleunigungsinteresse. Dies ist hier der Fall. Das Beschleunigungsinteresse überwiegt die zu erwartenden Nachteile im Hinblick auf den Verlust effektiven Primärrechtsschutzes erheblich.

Vorliegend besteht die Gefahr, dass der in Rede stehende Autobahnabschnitt nicht bis zum Beginn der Wintermonate fertiggestellt werden kann. Grundsätzlich weist die Autobahn in diesem Streckenabschnitt eine Lastspur von 3,75 m und zwei Überholspuren von je 3,50 m Breite auf. Für das besondere Beschleunigungsinteresse spricht hier, dass bereits jegliche Baustellen auf Autobahnen für den Schnellverkehr und der inzwischen unverzichtbaren Mobilität des Schwerverkehrs mit einer entsprechenden Fahrstreifenreduzierung von 3 auf 2 ein außergewöhnliches Sicherheitsrisiko für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer darstellt. Dies birgt durch den deutlich geringeren seitlichen Sicherheitsabstand die Gefahr, dass Fahrzeuge von der Fahrbahn abweichen oder sich berühren, was häufig Unfälle zur Folge hat. Circa 40 % der tödlichen Verkehrsunfälle auf Straßen sind auf Abkommen von der Fahrbahn zurückzuführen. Weiterhin sind in den Baustellenbereichen keine Standspuren vorhanden. Verkehrsunfähige Fahrzeuge verbleiben somit auf den Fahrspuren und verursachen beträchtliche Behinderungen durch Staubbildung. Die potenziert sich bei winterlichen Straßenverhältnissen bzw. Schlechtwetterperioden. Zudem erhöht sich diese Gefahr insbesondere in Baustellenbereichen auf Autobahnen, da die Fahrstreifen stark eingeengt sind.

Im Übrigen ist festzustellen, dass transportable Fahrzeug-Rückhaltesysteme selbstverständlich nicht die gleichen Sicherheitsanforderungen erfüllen, so dass diese die

Schutzwirkung für einen dauerhaften Einsatz selbst bei reduzierter Geschwindigkeit nur eingeschränkt gewährleisten können.

Der Antragsgegnerin ist zudem zuzustimmen, dass die Interimsmarkierungen nicht für einen längeren Winterbetrieb tauglich sind. Gemäß Ablaufplan hat die Antragsgegnerin die Bauzeit für den Zeitraum Februar/März bis November 2019 veranschlagt. Damit hat sie die erfahrungsgemäß strengsten Wintermonate ausgespart. Dies wäre bei einer weiteren Verzögerung nicht gewährleistet.

Soweit die Antragstellerin ausführt, dass die Antragsgegnerin die Baumaßnahme zu knapp geplant habe, kann sie damit nicht durchdringen. Die Antragsgegnerin ist abhängig vom Baufortschritt der Maßnahme. Unabhängig hiervon führt jede weitere Verzögerung der Baumaßnahme zu einem Anstieg des Risikos für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer, die diesen Streckenabschnitt passieren müssen. Im Sinne der Gefahrenabwehr fällt dies bei der Abwägung besonders ins Gewicht.

Im Rahmen eines Verfahrens nach § 169 Abs. 2 GWB ist schließlich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht erforderlich (vgl. VK Berlin v. 18.03.2010, Az. B2-3/10E). Dies wäre mit dem Beschleunigungsgrundsatz nicht vereinbar.

III.

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 182 GWB einheitlich im Rahmen der Entscheidung über die Hauptsache.

IV.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer im Verfahren des § 169 Abs. 2 GWB, den Zuschlag zu gestatten, ist der Antrag, das Zuschlagsverbot wiederherzustellen, zulässig. Der Antrag ist schriftlich beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, zu stellen und gleichzeitig zu begründen.

Die zur Begründung des Antrages vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen (§ 169 Abs. 2 Satz 7 i.V.m. § 176 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB).

V.

Der ehrenamtliche Beisitzer hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

.....

.....