



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 105/22

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Bietergemeinschaft

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Ersatzneubau der Ufereinfassungen [...]“, Referenznr. [...], EU Bekanntmachung Nr. [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Reinders aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Dezember 2022 am 4. Januar 2023 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Zuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.

**Gründe:**

**I.**

1. Die Antragsgegnerin führt derzeit ein europaweites, offenes Verfahren zur Vergabe „Ersatzneubau der Ufereinfassungen [...]“ (Referenznr. [...], EU Bekanntmachung Nr. [...]) durch.

Die Leistungsbeschreibung enthält u.a. folgende Positionen:

**„9.1.40. Oberboden des AG einbauen Alginat**

Gelagerten Oberboden des AG als Deckwerksverfüllung einbauen.

Einbau in Steinschüttung als Obererboden - Wasser - Alginat - Gemisch, zwischen BWo und OK Deckwerk.

Einbau mittels Pumpe, Gemisch mittels Hochgeschwindigkeitzwangsmischer herstellen.

(...)“

**„15.2.20. Schwimmbagger**

Stundenlohnarbeiten durch schwimmende Fahrzeuge oder Gerate auf Anordnung des AG ausführen.

(...)

Schwimmbagger (Tiefloeffel).

Angaben im Bieterangaben- Verzeichnis ueber

Name ' ..... ', Eigner

' ..... ', Gerate- / Fahrzeugkenn-

groesse' ..... ', Leistungsdaten

' ..... ' .

25,00 h . .....“

Laut Ziffer 2.5.1 der Baubeschreibung (S. 20) beträgt die

„max. Liege- / Arbeitsbreite der schwimmenden Geräte in der Wasserstraße für die Durchführung der Arbeiten (...) 9,00 m.“

In Ziffer 3.2.2 ist unter 7. Folgendes vorgesehen:

„Mit Angebotsabgabe hat der AN unter Beachtung aller Randbedingungen einen schlüssigen Bauablaufplan vorzulegen. Dieser ist während der Baumaßnahme fortzuschreiben.“

Im Formular „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ werden u.a. die Anlagen zu dieser Angebotsaufforderung im Einzelnen aufgezählt. Unter A) die Anlagen „die beim Bieter verbleiben und im Vergabeverfahren zu beachten sind“, unter B) die Anlagen, „die beim Bieter verbleiben und Vertragsbestandteil werden“, unter C) die Anlagen, „die, soweit erforderlich, ausgefüllt mit dem Angebot einzureichen sind“ und unter D) die Anlagen, „die, soweit erforderlich, ausgefüllt auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle bzw. des Auftraggebers einzureichen sind“.

Das mit der Angebotsaufforderung den Bietern übersandte Formular „Angebotsschreiben“ enthält auf der ersten Seite zwei Listen, die eine mit der Überschrift „Anlagen, die Vertragsbestandteil werden“, die zweite mit der Überschrift „Anlagen, die der Angebotserläuterung dienen, ohne Vertragsbestandteil zu werden“. In der Liste „Anlagen, die Vertragsbestandteil werden“ mit dem Zusatz „vom Bieter anzukreuzen und beizufügen“ sind folgende Unterlagen aufgezählt:

Leistungsverzeichnis/Leistungsprogramm (Kurz- oder Langfassung) mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen,  
Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen,  
Verzeichnis der Leistungen anderer Unternehmen,  
Erklärung der Bieter-/Arbeitsgemeinschaft,  
Erklärung zu Verwendung von Holzprodukten,  
Nebenangebote.

Neben jedem der hier aufgelisteten Umstände ist ein Leerfeld zum Ankreuzen vorgesehen. Die Antragsgegnerin hat die Zeile „Leistungsverzeichnis/Leistungsprogramm“ angekreuzt. Diese Liste enthält zwei weitere Kästchen zum Ankreuzen, die Zeilen daneben sind leer. Außerdem gibt es eine Schaltfläche, mit der weitere Anlagen (in Gestalt von Zeilen mit entsprechenden „Ankreuz-Kästchen“) hinzugefügt werden bzw. die ggf. hinzugefügten weiteren Anlage wieder gelöscht werden können.

Das ebenfalls den Vergabeunterlagen beigelegte „Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen (Erklärungen, Angaben, Nachweise)“ differenziert zwischen „Unterlagen, die mit dem Angebot vorzulegen sind“ (Ziffer 1) und „Unterlagen, die auf Verlangen der Vergabestelle vorzulegen sind“ (Ziffer 2) (Hervorhebung so auch im Original). Unter Ziffer 1 werden hier u.a. das Bieterangabenverzeichnis, der Bauablaufplan und das Gerätekonzept genannt. Die letzten beiden Unterlagen sind gemäß Ziffer 1.5 dieses Verzeichnisses „Unterlagen, zu den in der Anlage „Gewichtung der Zuschlagskriterien“ genannten bzw. angekreuzten Zuschlagskriterien“.

Zuschlagskriterien sind der Preis und der Technische Wert, beide gewichtet mit 50%. Das Kriterium Technischer Wert ist in zwei gleich gewichtete Unterkriterien unterteilt, „Bauverfahren“ und „Bauablauf“. In der „Gewichtung der Zuschlagskriterien“ wird näher erläutert, wie die in den einzelnen Kriterien zu erreichenden Wertungspunkte vergeben werden sollen.

Mehrere Bieter, u.a. die Antragstellerin und die Beigeladene, gaben Angebote ab. In ihrem „Angebotsschreiben“ hatte die Antragstellerin die von der Antragsgegnerin voreingetragenen Zeilen hinsichtlich der „Anlagen, die Vertragsbestandteil werden“ handschriftlich um neun weitere, dort von der Antragsgegnerin nicht genannte Unterlagen ergänzt wie das Gerätekonzept und den Bauzeitenplan. In der Position 15.2.20 der Leistungsbeschreibung hatte die Antragstellerin an der dafür vorgesehenen Stelle den Namen eines bestimmten Pontons („Ponton 16“) eingetragen sowie in der Zeile „Geräte-/Fahrzeugkenngröße“ angegeben, dass dieser 9,50 m breit sei. Dieselben Angaben hatte die Antragstellerin zu dieser Leistungsposition im „Bieterangabenverzeichnis“ gemacht. Laut der Anlage zu ihrem Angebot „Bauverfahren“ will die Antragstellerin für die Baggerarbeiten einen „Dreistelzen-Ponton 31“ einsetzen, der 8 m breit ist. Dasselbe ergibt sich aus dem Gerätekonzept, das dem Angebot der Antragstellerin ebenfalls beigelegt war. Zur Leistung „Einbau Oberboden-Alginat-Gemisch“ (Position 9.1.40 der Leistungsbeschreibung) hatte die Antragstellerin in ihren Angebotsanlagen „Bauverfahren“ und „Geräteverzeichnis“ angegeben, dass sie hierbei eine „Fahrmischertrommel“ einsetzt.

Laut Submission war der Angebotspreis der Antragstellerin der niedrigste. Nach der Wertung der Angebote teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin gemäß § 134 GWB am 17. November 2022 die von ihr in den einzelnen Zuschlagskriterien erreichten Wertungspunkte

mit; ihr Angebot sei nicht das wirtschaftlichste und der Zuschlag solle auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Den Rügen der Antragstellerin, die sich gegen die Vergabe der Wertungspunkte sowie dagegen richteten, dass das Angebot der beigeladenen Bietergemeinschaft nicht gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausgeschlossen worden war, half die Antragsgegnerin nicht ab.

2. Die Antragstellerin beantragte bei der Vergabekammer des Bundes mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 30. November 2022 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 1. Dezember 2022 an die Antragsgegnerin übermittelt.

a) Die Antragstellerin meint, die Antragsgegnerin hätte ihr Angebot in den Unterkriterien Bauablauf und Bauverfahren mit einer höheren Punktzahl bewerten müssen und dass das Angebot der beigeladenen Bietergemeinschaft gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB hätte ausgeschlossen werden müssen, da jedes der [...] beteiligten Unternehmen in der Lage sei, die zu vergebenden Leistungen auch alleine auszuführen.

Zum Abzug von 2,5 Punkten im Bewertungskriterium Bauverfahren führt die Antragstellerin u.a. aus, dass es sich bei ihrer Geräteangabe eines Pontons von 9,50 m Breite (Position 15.2.20 der Leistungsbeschreibung) offenkundig um einen Übertragungsfehler handele. Sowohl im Geräteverzeichnis als auch in ihrer Angebotsunterlage Bauverfahren habe die Antragstellerin für die Nassbaggerarbeiten ausschließlich den Einsatz des Pontons 31 mit einer Breite von 8 m vorgesehen. Es hätte sich der Antragsgegnerin aufdrängen müssen, dass die Antragstellerin für die unter der Position 15.2.20 beschriebenen, geringfügigen Stundenlohnarbeiten keinen anderen Ponton einsetzen wolle als den, den sie im Geräteverzeichnis angegeben hatte. Wenn die Antragsgegnerin eindeutiger angegeben hätte, welche Unterlagen (hier: das Bieterangabenverzeichnis) bei der Angebotswertung zugrunde gelegt werden würden, wäre die Antragstellerin bei ihrer Geräteangabe sorgfältiger vorgegangen. Eine Bieterfrage der Antragstellerin zu den wertungsrelevanten Unterlagen habe die Antragsgegnerin nicht beantwortet. Abgesehen davon sei der von der Antragstellerin in der Position 15.2.20 benannte Ponton mit einer Breite von 9,50 m bereits im streitgegenständlichen Verbindungskanal auf einer früher ausgeschriebenen Baustelle im Einsatz gewesen. Dies erkläre auch den Übertragungsfehler der Antragstellerin bei der aktuellen Ausschreibung. Auch beim aktuellen Auftrag könne er in Abstimmung mit dem

Wasser- und Schifffahrtsamt grundsätzlich stundenweise eingesetzt werden, ohne den Schiffsverkehr erheblich einzuschränken, weil dieser Kanal im Rahmen der ohnehin erfolgenden kurzzeitigen Vollsperrungen umfahren werden könne.

Hinsichtlich des zur Leistungsposition 9.1.40 im Geräteverzeichnis genannten „Fahrmischers“ trägt die Antragstellerin vor, dass der von ihr vorgesehene Fahrmischer sehr gut geeignet sei, die im Rahmen dieser Leistungsposition geforderte Baustoffmischung herzustellen. Die Antragsgegnerin habe nicht zwingend vorgegeben, dass ein Hochgeschwindigkeitszwangsmischer einzusetzen sei. Wichtig sei nicht, wie die zwanghafte Durchmischung erfolge, solange das Mischgut die benötigte homogene Konsistenz aufweise. Zwar sei es richtig, dass die in einem Fahrmischer verbaute Schnecke in der Regel vor allem dem Erhalt der vorher erzielten Durchmischung sowie der Beförderung des Mischguts nach draußen diene. Drehe die Schnecke allerdings nicht in der Richtung „Ausladen“, sondern andersherum, werde das Mischgut Richtung Trommelende gedrängt und dort zwangsmäßig sehr gut gemischt. Auch ein Fahrmischer sei insoweit als Zwangsmischer zu bezeichnen. Zudem sei der Antragstellerin zwar bekannt, was ein Zwangsmischer sei, allerdings sei der Begriff „Hochgeschwindigkeits“-Zwangsmischer in Fachkreisen nicht gebräuchlich. Etwaige Unklarheiten in den von der Antragsgegnerin ausgeschriebenen Vorgaben dürften nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen. Bei einer anderen Baumaßnahme der Antragsgegnerin habe die Antragstellerin das Deckwerk bereits mit einem Fahrmischer hergestellt, die Antragsgegnerin habe diese Leistungen als mängelfrei abgenommen.

Des Weiteren führt die Antragstellerin näher aus, warum ihr Angebot im Unterkriterium Bauablauf mehr Wertungspunkte hätte erhalten müssen. Zur Wertungsmethodik der Antragsgegnerin allgemein meint die Antragstellerin, dass die ungewöhnlich hohe Gewichtung der beiden qualitativen Unterkriterien dazu führen könne, dass auch deutlich teurere Angebote den Zuschlag erhalten könnten. Gegenstand des Nachprüfungsantrags seien jedoch nicht die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung, sondern dass ausweislich des Wertungsergebnisses Aspekte wertungsrelevant gewesen seien, die für die Antragstellerin nicht als solche erkennbar gewesen waren.

Der von der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung geäußerten vorläufigen Rechtsauffassung, das Angebot der Antragstellerin sei möglicherweise zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschließen, weil dieses mehrere Änderungen an den

Vergabeunterlagen enthalte, tritt die Antragstellerin entgegen. Mit ihren handschriftlichen Ergänzungen im Angebotsschreiben, welche Anlagen Vertragsbestandteil würden, habe die Antragstellerin nur das nachgeholt, was die Antragsgegnerin versäumt habe. Denn erst aufgrund dieser Ergänzungen würden alle Angebotsbestandteile, anhand derer die angebotene Leistung qualitativ bewertet werde, Vertragsbestandteil. Wenn solche auftragsbezogenen Qualitätsmerkmale nicht Vertragsbestandteile würden, könnte ein Bieter in seinem Angebot Angaben machen, die zwar bei der Zuschlagsentscheidung zu seinen Gunsten berücksichtigt werden, an die er sich aber im Falle einer Zuschlagsentscheidung nicht mehr halte. Dies könne nicht dazu führen, dass das Angebot der Antragstellerin wegen einer Änderung an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen werde. Ebenso sei die Antragstellerin bereits bei sämtlichen vorhergehenden Ausschreibungen der Antragsgegnerin vorgegangen, ohne dass dies jemals bemängelt worden sei. Abgesehen davon sehe das betreffende elektronische Formblatt der Antragsgegnerin die Funktion vor, die Auflistung der dort bereits genannten Anlagen zu ergänzen.

Die Angabe der Antragstellerin zum Geräteinsatz eines Pontons in der Leistungsposition 15.2.20 sei vom Wortlaut her zwar eindeutig. Zusätzlich zu ihren bisherigen Argumenten wegen der qualitativen Bewertung dieser Angabe verweist die Antragstellerin auf die Entscheidung des BGH vom 18. Juni 2019, X ZR 86/17. Sie meint, dass sich der Antragsgegnerin aufgrund des Geräteverzeichnis der Antragstellerin die Möglichkeit habe aufdrängen müssen, dass es sich bei der Angabe im Leistungsverzeichnis um ein Versehen der Antragstellerin gehandelt und nicht die Absicht bestanden habe, von den Anforderungen der Antragsgegnerin abweichen zu wollen. Die Annahme, dass die Antragstellerin von ihrem Gerätekonzept habe abweichen wollen, sei lebensfremd.

Zu dem von ihr in der Leistungsposition 9.1.40 angegebenen Fahrnischer wiederholt die Antragstellerin ihre vorangegangenen schriftsätzlichen Ausführungen.

Die Antragstellerin beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. Die Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, das Angebot der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu bewerten,

2. sonstige geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
3. der Antragstellerin Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen,
5. festzustellen, dass die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin erforderlich war.

b) Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin als unbegründet zurückzuweisen, und
2. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin trägt im Einzelnen dazu vor, warum ihre Angebotswertung in den von der Antragstellerin beanstandeten Kriterien Bauverfahren und Bauablauf ordnungsgemäß erfolgt sei.

Zur Angabe des Pontons führt die Antragsgegnerin aus, die Antragstellerin habe in der Leistungsposition 15.2.20 ein Gerät mit einer Breite von deutlich über 9 m angeboten, obwohl auf Seite 20 der Baubeschreibung festgelegt worden sei, dass die maximale Liege-/Arbeitsbreite der schwimmenden Geräte in der Wasserstraße 9 m betrage. Mit diesem überbreiten Gerät könne das entsprechende Bauverfahren Baggerarbeiten nicht mehr optimal erbracht werden, so dass eine Bewertung mit der Höchstzahl von 10 Punkten nicht möglich sei. Anders als die Antragstellerin meine, habe sich ihr nicht „aufgedrängt“, dass die Antragstellerin das im Bieterangabenverzeichnis genannte Gerät nicht ernsthaft einsetzen wolle. Die Angaben eines Bieters seien vielmehr so zu werten wie sie gemacht worden seien und nicht so auszulegen, dass sie zu den ausgeschriebenen Anforderungen passten. Vollsperrungen des Kanals wie die Antragstellerin sie anspreche, wolle die Antragsgegnerin zudem gerade vermeiden.

In der Position 9.1.40 habe die Antragsgegnerin die Herstellung eines Oberboden-Wasser-Alginat-Gemischs mittels eines Hochgeschwindigkeitszwangsmischers gefordert. Die von der Antragstellerin angebotene Fahrmischertrommel sei bestenfalls als Freifallmischer zu



werten und werde üblicherweise für den Transport und nicht die Herstellung von Beton verwendet. Anders als bei dem ausdrücklich geforderten Hochgeschwindigkeitszwangsmischer sei mit einer Fahrmischertrommel keine optimale Durchmischung der Komponenten möglich. Die Antragsgegnerin benötige ein besonders homogenes, dauerhaftes Mischgut.

Schließlich nimmt die Antragsgegnerin zur Wertung des Bauablaufplans sowie dazu Stellung, warum die beigeladene Bietergemeinschaft nicht ausgeschlossen werden müsse.

c) Mit Beschluss vom 5. Dezember 2022 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen. Sie beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 30. November 2022 wird als unbegründet zurückgewiesen.
2. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beigeladenen auferlegt.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten aufseiten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

Die Beigeladene meint, die Antragsgegnerin habe den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum bei der Wertung des Angebots der Antragstellerin nicht überschritten.

In der Leistungsposition 15.2.20 hätten die Bieter den konkret eingesetzten Schwimmbagger angeben müssen. Wenn die Bieterangabe den zwingenden Anforderungen der Baubeschreibung (hier bezüglich der maximalen Breite der schwimmenden Geräte gemäß Seite 20) nicht genüge, könne sie nicht die maximalen Wertungspunkte erreichen. Es sei nicht Aufgabe der Antragsgegnerin, wertungsrelevante Fehler im Angebot der Antragstellerin im Wege einer Auslegung auszugleichen. Da die Angabe der Antragstellerin in der Position 15.2.20 eindeutig war, habe die Antragsgegnerin diese auch nicht aufklären dürfen. Unbeachtlich der Bewertung des Angebots der Antragstellerin sei die betreffende Angabe der Antragstellerin auch als Abweichung von den Vergabeunterlagen zu bewerten und führe gemäß §§ 16 EU Nr. 2, 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zum Ausschluss des Angebots der Antragstellerin.

Da das von der Antragstellerin angebotene Mischgerät eine andere Arbeitsweise aufweise als von der Antragsgegnerin in der Leistungsbeschreibung explizit gefordert, sei das Angebot der Antragstellerin insoweit zu Recht abgewertet worden. Was ein Zwangsmischer i.S.d. Leistungsposition 9.1.40 sei, sei mit einer einfachen Internetrecherche herauszufinden. Ein „Hochgeschwindigkeitszwangsmischer“ sei ein Zwangsmischer mit einer hohen oder sehr hohen Leistung. Wenn der Antragstellerin nicht klar gewesen sei, was die Antragsgegnerin hier meine, hätte sie eine Bieterfrage stellen müssen. Mit der in dem von der Antragstellerin angebotenen Fahrmischer vorhandenen Schnecke sei keine zwanghafte Mischung des eingefüllten Materials möglich. Denn bei einem Fahrmischer drehe sich die gesamte Trommel, das Mischgut falle passiv auf eine in der Trommel montierte Schnecke. Dies sei ein grundsätzlich anderer Vorgang als ein statisches Mischgefäß, in dem Mischwerkzeuge Mischgut vermengten. Ob ein Fahrmischer überhaupt Baustoffe mischen könne, sei fraglich. Normalerweise sei ein Fahrmischer auf die Aufrechterhaltung einer werksmäßig hergestellten Baustoffmischung ausgelegt, nicht aber auf das Produzieren einer Neumischung.

Außerdem führt die Beigeladene näher dazu aus, warum sie nicht gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausgeschlossen werden müsse.

Auf das Vorbringen der Antragstellerin nach der mündlichen Verhandlung trägt die Beigeladene vor, das Angebot der Antragstellerin sei wegen der handschriftlichen Ergänzungen im Angebotsschreiben zwingend auszuschließen, weil sich aus den Vergabeunterlagen eindeutig ergeben habe, dass die Antragsgegnerin insbesondere den Bauablaufplan des Bieters zwar werten, aber nicht zum Vertragsbestandteil erheben wollte. Diesen Umstand habe die Antragstellerin nicht bis zur Angebotsabgabe gerügt.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin und der Beigeladenen nach vorheriger Zustimmung der Antragsgegnerin Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 22. Dezember 2022 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakten der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

### 1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebots dokumentiert. Des Weiteren behauptet sie – indem sie sich gegen die Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin wendet – schlüssig die Verletzung in eigenen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften. Sie hat ebenfalls dargelegt, dass ihr infolgedessen ein Schaden zu entstehen droht, nämlich der Verlust ihrer Zuschlagschancen. Denn wenn man den Vortrag der Antragstellerin als richtig unterstellt (vgl. zu diesem Maßstab: BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06), hat sie als bisher zweitplatzierte Bieterin bei einer Korrektur des bisherigen Wertungsergebnis bzw. beim Ausschluss der beigeladenen Bietergemeinschaft nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB gute Chancen, auf den ersten Wertungsrang vorzurücken und den Zuschlag zu erhalten.

Die Rügen der Antragstellerin, die Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin zugunsten der Beigeladenen sei fehlerhaft, sind rechtzeitig erfolgt. Denn von diesem Wertungsergebnis hat die Antragstellerin durch die Mitteilung nach § 134 GWB am 17. November 2022 erfahren und dieses dann am 24. und 25. November 2022, also innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB, gerügt. Ob die Antragstellerin die aus den Vergabeunterlagen erkennbare Wertungssystematik der Antragsgegnerin (hier: die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung) gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB bereits bis zum Ablauf der Angebotsabgabefrist hätte rügen müssen, braucht nicht entschieden zu werden. Denn die Antragstellerin hat in ihrem Schriftsatz vom 14. Dezember 2022, S. 5, ausdrücklich klargestellt, dass dies nicht Gegenstand ihres Nachprüfungsantrags sei, sondern die konkrete Anwendung dieser Kriterien durch die Antragsgegnerin bei ihrer Wertung dergestalt, dass die Antragsgegnerin Aspekte als wertungsrelevant berücksichtigt habe, die für die Antragstellerin nicht als solche erkennbar gewesen seien.

Nach der Mitteilung der Antragsgegnerin vom 29. November 2022, ihren Rügen nicht abzuhelpen, hat die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag am 30. November 2022 fristgerecht, nämlich innerhalb von 15 Kalendertagen, eingereicht (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB).

Auch sonst bestehen gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags keine Bedenken.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, weil das Angebot der Antragstellerin wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen gemäß § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A zwingend auszuschließen ist (dazu unter a)). Auf die von der Antragstellerin geltend gemachten Fehler hinsichtlich der Wertung der Angebote kommt es daher nicht an. Für die Entscheidung unerheblich ist ebenfalls, ob das Angebot der beigeladenen Bietergemeinschaft gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auszuschließen ist (dazu unter b)).

a) Das Angebot der Antragstellerin ändert die Vergabeunterlagen ab und ist daher gemäß § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A zwingend auszuschließen. Eine solche Änderung an den Vergabeunterlagen liegt immer dann vor, wenn ein Bieter etwas anderes anbietet als ausgeschrieben wurde (vgl. nur BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Oktober 2021, VII-Verg 24/21 m.w.N.). Dies trifft hier auf mehrere Teile des Angebots der Antragstellerin zu (dazu unter aa) bis cc)).

aa) Das Formular „Angebotsschreiben“ weist aufgrund des von der Antragsgegnerin gesetzten Kreuzchens als „Anlagen, die Vertragsbestandteil werden“, das „Leistungsverzeichnis/Leistungsprogramm (...) mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen“ aus. Die Antragstellerin hat diese Liste handschriftlich ergänzt durch den Zusatz weiterer Unterlagen wie u.a. das Gerätekonzept und den Bauablaufplan.

Damit hat die Antragstellerin in ihrem Angebot die Vergabeunterlagen geändert i.S.d. § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A. Denn sie hat durch ihre handschriftlichen Ergänzungen weitere Unterlagen zum Vertragsinhalt erklärt als die Antragsgegnerin dies in den Vergabeunterlagen vorgesehen hatte. Zwar enthielt die Überschrift dieser Liste den Zusatz „vom Bieter anzukreuzen und beizufügen“. Dies ist

aus maßgeblichem objektiven Empfängerhorizont der potentiellen Bieter (§§ 133, 157 BGB) jedoch allein so zu verstehen, dass dies nur für die von der Antragsgegnerin in den weiteren Zeilen bereits vorformulierten Sachverhalte gilt. Hier kann der Bieter weitere Unterlagen durch Ankreuzen zum Vertragsbestandteil erklären für den Fall, dass der betreffende Umstand – was die Antragsgegnerin nicht im Vorhinein wissen kann, sondern der Bieter selbst bestimmt – in seinem Fall zutrifft (z.B. weil er Nachunternehmer einsetzt und daher seinem Angebot ein Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen beifügt oder weil es sich bei dem betreffenden Bieter um eine Bieter-/Arbeitsgemeinschaft handelt und er deshalb eine entsprechende Erklärung abgeben muss). Dementsprechend hat die Antragstellerin zu Recht selbst u.a. ein Kreuz in der Zeile „Nebenangebote“ gesetzt, da sie ein Nebenangebot eingereicht hat. Dadurch dass die Antragsgegnerin einzelne konkrete Sachverhalte bereits vorformuliert und aufgelistet hat (den Nachunternehmereinsatz, die Abgabe von Nebenangeboten etc.) hat sie für einen objektiven Empfänger dieser Liste zum Ausdruck gebracht, dass sie mit einer Erweiterung der Vertragsbestandteile in diesen ganz bestimmten, bieterindividuellen Fällen einverstanden ist. Anders verhält es sich jedoch in den Leerzeilen auf diesem Formular und erst recht bei den von der Antragstellerin ohne jede Vorlage der Antragsgegnerin selbst bestimmten Zusätzen. Hier hat die Antragsgegnerin den Bietern nicht zu erkennen gegeben, dass diese selbst eigene Eintragungen vornehmen können. Da es sich hier um ein offenes und kein Verhandlungsverfahren handelt, hatten die Bieter keinen Spielraum für eigene Vorschläge. Dies musste sich dem durch die streitgegenständliche Ausschreibung angesprochenen Bieterkreis auch aufdrängen. Denn es gehört zum allgemeinen Wissen eines an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmenden Bieters, dass jedenfalls in offenen Verfahren der Zuschlag nur auf der Grundlage einheitlicher und für alle Bieter gleicher Vertragsbedingungen erteilt werden darf. Angebote, die den insoweit vom öffentlichen Auftraggeber vorgegebenen Rahmen verlassen, sind nicht mit den anderen Angeboten vergleichbar und dementsprechend bei der vergleichenden Angebotswertung nicht berücksichtigungsfähig.

Anders als die Antragstellerin meint, ergibt sich aus den Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin für einen objektiven Bieter auch hinreichend eindeutig, was Vertragsbestandteil wird. Denn das Angebotsschreiben ist die einzige Unterlage, aus der abschließend hervorgeht, welche Anlagen Vertragsbestandteil werden. Seite 1 dieses Formblattes enthält zwei Listen, die eine mit der Überschrift „Anlagen, die

Vertragsbestandteil werden“, die zweite mit der Überschrift „Anlagen, die der Angebotserläuterung dienen, ohne Vertragsbestandteil zu werden“. Demgegenüber ergibt sich aus dem von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang genannten „Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen“ ausweislich der Überschriften der genannten Unterlagen nichts zu der Frage, welche Unterlagen Vertragsbestandteil werden sollen. Dieses Verzeichnis schlüsselt nämlich die betreffenden Unterlagen wie aus den Überschriften zu Ziffer 1 und 2 und den dortigen Unterstreichungen deutlich wird, danach auf, ob sie „mit dem Angebot vorzulegen sind“ (Ziffer 1) oder erst „auf Verlangen der Vergabestelle“ (Ziffer 2). Hier geht es also darum, wann eine Unterlage vorzulegen ist – mit dem Angebot oder erst auf gesondertes Verlangen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Formular „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes“. Hier werden zwar unter B) diejenigen Anlagen aufgelistet, „die beim Bieter verbleiben und Vertragsbestandteil werden“. Wie ein Vergleich mit den übrigen Überschriften in diesem Formular A), C) und D) aber zeigt, sind die unter B) genannten Anlagen nicht als abschließende Aufzählung zu verstehen, was Vertragsbestandteil wird. Denn aus der Gesamtschau aller unter A) bis D) aufgezählten Kategorien von Anlagen ergibt sich, dass dieses Formular einerseits zwischen Unterlagen unterscheidet, „die beim Bieter verbleiben“ (A) und B)) und andererseits die Unterlagen benennt, die entweder „mit dem Angebot“ (C)) oder „auf gesondertes Verlangen“ der Antragsgegnerin einzureichen sind (D)). Auch dieses Formular betrifft also nur die Frage, ob und wann bestimmte Unterlagen einzureichen sind (gar nicht (da Verbleib beim Bieter), bereits mit dem Angebot oder erst auf gesondertes Verlangen).

Dem Ausschluss des Angebots der Antragstellerin steht auch nicht entgegen, dass sie durch ihre handschriftlichen Ergänzungen lediglich etwas nachgeholt hätte, das die Antragsgegnerin ihrerseits zu Unrecht versäumt hat (so aber die Antragstellerin). Denn selbst man das Argument der Antragstellerin als zutreffend unterstellt, dass alle Angebotsunterlagen eines Bieters, die für die Wertung anhand der Zuschlagskriterien herangezogen werden, Vertragsbestandteil werden müssen, dann gilt dies hier nur für den Bauablaufplan und das Gerätekonzept. Denn nur diese beiden vom Bieter zu erstellenden Anlagen zu seinem Angebot sind gemäß Ziffer 1.5 des Verzeichnisses der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen „Unterlagen zu den in der Anlage „Gewichtung der Zuschlagskriterien“ genannten bzw. angekreuzten Zuschlagskriterien“. In ihren handschriftlichen Ergänzungen des Angebotsschreibens

hat die Antragstellerin jedoch sieben weitere Angebotsunterlagen aufgezählt, die nicht einmal nach ihrer eigenen Argumentation Vertragsbestandteil sein müssen (das Entsorgungskonzept, die Erklärung IT-Sicherheit u.v.m.). Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob ein Auftraggeber tatsächlich generell verpflichtet ist, alle Unterlagen, die für die Wertung anhand der Zuschlagskriterien relevant sind, zum Vertragsbestandteil zu machen. Wie der Vortrag der Antragstellerin zeigt (das qualitativ am besten bewertete Angebot wird bezuschlagt, ohne dass der Zuschlagsdestinatär an die wertungsentscheidenden Angebotsmerkmale vertraglich gebunden ist), mag dies für den Auftraggeber sinnvoll sein. Allerdings ergibt sich eine solche Rechtspflicht nicht aus dem Gesetz. Jedenfalls aber ist im vorliegenden Fall festzustellen, dass es nicht sinnvoll und daher auch rechtlich nicht geboten ist, den wertungsrelevanten und mit dem Angebot vorzulegenden Bauablaufplan zum Vertragsbestandteil werden zu lassen. Denn als Vertragsbestandteil würde der Bauablaufplan in der mit dem Angebot vorgelegten Fassung für die gesamte Auftragsausführung verbindlich, obwohl – wie in jedem Bauverfahren üblich und notwendig – in der Baubeschreibung (Ziffer 3.2.2, S. 35) ausdrücklich vorgesehen ist, dass der mit dem Angebot vorgelegte Plan „während der Baumaßnahme fortzuschreiben“ ist. Für solche späteren Fortschreibungen wäre bei einem vertragsverbindlichen und naturgemäß nur relativ grobem „Ursprungsplan“ kein Raum. Zumindest also was den Bauablaufplan angeht, hat die Antragstellerin durch ihre handschriftlichen Ergänzungen nicht lediglich etwas nachgeholt, was die Antragsgegnerin bereits von sich aus zum Vertragsbestandteil hätte erklären müssen.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin scheitert auch nicht daran, dass sie solche Ergänzungen im Angebotsschreiben auch bereits in früheren Vergabeverfahren der Antragsgegnerin vorgenommen haben will, ohne dass dies beanstandet worden sein soll. Der Angebotsausschluss wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ist zwingend und wäre daher früher zu Unrecht nicht erfolgt. Ein entsprechendes Vertrauen der Antragstellerin in die rechtswidrige Vorgehensweise der Antragsgegnerin ist nicht schützenswert, auf eine Gleichbehandlung im Unrecht kann sie sich nicht berufen.

- bb) In der Leistungsposition 15.2.20 sowie im Bieterangabenverzeichnis zur selben Position hat die Antragstellerin einen Ponton mit einer Breite von 9,5 m angeboten, obwohl laut Ziffer 2.5.1 der Baubeschreibung (S. 20) der Antragsgegnerin die schwimmenden Geräte höchstens 9 m breit sein durften.

Auch dies stellt eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen dar, die zum zwingenden Ausschluss des Angebots der Antragstellerin führt. Denn zwar hat die Antragstellerin in der Anlage zu ihrem Angebot „Bauverfahren“ sowie in ihrem Gerätekonzept angegeben, für Nassbaggerarbeiten einen Ponton einzusetzen, der 8 m breit ist und damit den Vorgaben der Baubeschreibung entsprechen würde. Allerdings war es aus maßgeblicher Sicht einer mit den Umständen des Einzelfalls vertrauten Vergabestelle nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) nicht erkennbar, dass ausschließlich die in der Anlage Bauverfahren und im Geräteverzeichnis der Antragstellerin genannten Pontons eingesetzt werden sollen und es sich bei den Angaben in der Leistungsbeschreibung und im Bieterangabenverzeichnis um ein Versehen oder (so die Antragstellerin) um einen Übertragungsfehler handelt. Denn alle Angaben sind für sich genommen jeweils eindeutig. Der jeweils breitere Ponton hat darüber hinaus eine andere Bezeichnung („Ponton 16“) als der im Bauverfahren und Geräteverzeichnis genannte, schmalere Ponton („Ponton 31“). Auch dies spricht daher objektiv betrachtet dafür, dass die Antragstellerin zwei unterschiedliche Pontons gemeint hat und es sich nicht um ein Versehen handelt. Eindeutige Angaben eines Bieters sind nicht auslegungs- und nicht aufklärungsfähig (BayObLG, Beschluss vom 17. Juni 2021, Verg 6/21; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Oktober 2021, VII-Verg 24/21; OLG Schleswig, Beschluss vom 11. Mai 2016, 54 Verg 3/16 m.w.N.). Abgesehen davon wäre es selbst für einen auslegungswilligen Auftraggeber hier mangels weiterer Anhaltspunkte nicht klar, welche Angaben der Antragstellerin dem von ihr tatsächlich gewollten Geräteeinsatz entsprechen – die beiden gleichlautenden Angaben in der Leistungsbeschreibung und Bieterangabenverzeichnis zur konkreten Leistungsposition (mit dem zu breiten Ponton) einerseits oder andererseits die beiden gleichlautenden Angaben zum Geräteeinsatz allgemein in den Anlagen Bauverfahren und Gerätekonzept (mit dem der Baubeschreibung entsprechenden Ponton). Einen allgemeinen Erfahrungssatz, dass ein Bieter stets das anbieten will, was ausgeschrieben worden ist, gibt es nicht (OLG Schleswig, Beschlüsse vom 28. April 2021, 54 Verg 2/21, und vom 11. Mai 2016, 54 Verg 3/16; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. März 2017, VII-Verg 54/16). Würde die Antragstellerin daher auf Nachfrage der Antragsgegnerin die eine Angabe als richtig gelten lassen wollen und die andere als versehentlich fehlerhaft streichen, würde sie ihr Angebot unzulässigerweise



inhaltlich nachbessern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Oktober 2021, VII-Verg 24/21 m.w.N.; BayObLG, Beschluss vom 17. Juni 2021, Verg 6/21).

Die Antragstellerin meint, sie wäre bei ihrer Geräteangabe sorgfältiger vorgegangen, wenn sie gewusst hätte, welche Unterlagen (in diesem Fall konkret das von ihr selbst erstellte Bieterangabenverzeichnis) wertungsrelevant sein sollten. Dass jedoch zumindest das Leistungsverzeichnis und die dort gemachten Angaben und Erklärungen Vertragsbestandteil werden, so dass ein Abweichen hiervon zum Angebotsausschluss führen würde, ergab sich eindeutig aus dem Angebotsschreiben und dem dort von der Antragsgegnerin in der betreffenden Zeile „Leistungsverzeichnis/Leistungsprogramm“ gesetzten Kreuzchen. Darüber hinaus ist zumindest die Antragstellerin selbst davon ausgegangen, dass auch ihre Eintragungen im sich in der Vergabeunterlage „Leistungsverzeichnis“ (am Ende) enthaltenen „Bieterangabenverzeichnis“ relevant sein würden. Denn sie hat in ihrem Angebotsschreiben ihre „Bieterangaben“ zum Vertragsbestandteil erklärt. Dies war zwar vergaberechtlich unzulässig (und führt zum Ausschluss des Angebots der Antragstellerin, s.o. unter 2a)aa)), entkräftet aber ihr Argument, der Antragsgegnerin hätte sich angesichts ihres Gerätekonzepts „aufdrängen“ müssen, dass es sich bei den Eintragungen im Bieterangabenverzeichnis um einen unschädlichen Übertragungsfehler handele. Die Antragstellerin widerspricht sich hier selbst, wenn sie einerseits im Zusammenhang mit ihren handschriftlichen Ergänzungen im Angebotsschreiben sagt, beim Bieterangabenverzeichnis handele es sich um eine so bedeutende Unterlage, dass sie Vertragsbestandteil werden müsse – andererseits aber im Zusammenhang mit ihren Angaben zu den einzusetzenden Geräten meint, das Bieterangabenverzeichnis sei für die Auslegung ihres Angebots ohne Belang.

Dass es sich bei dieser Leistungsposition um Arbeiten in einem sehr geringen Umfang handelt (25 Stunden), steht dem Ausschluss des Angebots nicht entgegen. Ein Angebot ist nämlich nur dann zuschlagsfähig, wenn es in allen seinen Teilen den ausgeschriebenen Vorgaben entspricht. Denn ein Bieter ist ohne Einschränkungen an die in den Vergabeunterlagen im Einzelnen präzierte Nachfrage des Auftraggebers gebunden, alle diese Vorgaben werden im Fall des Zuschlags insgesamt Vertragsinhalt. Abgesehen davon wären die Angebote sonst nicht miteinander vergleichbar (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 20. Januar 2009, X ZR 113/07, und vom 8. September 1998, X ZR 85/97; OLG Celle, Beschluss vom 19. Februar 2015, 13 Verg

12/14). Auch wenn die Auffassung vertreten wird, dass Angebote nicht unnötig aus formalen Gründen ausgeschlossen werden sollen, jedenfalls wenn es sich um an sich vermeidbare, nicht gravierende formale Mängel handelt, gilt dies auch nach der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des BGH vom 18. Juni 2019 (Az. X ZR 86/17) nur dann, wenn das Angebot durch bloßes Streichen der von den ausgeschriebenen Vorgaben abweichenden Bieterangaben auf den maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen „zurückgeführt“ werden kann (s. BGH, a.a.O., Rz. 26). Bei „manipulativen Eingriffen“ in die Vergabeunterlagen, also in den Fällen, in denen ein Angebot inhaltlich von den ausgeschriebenen Vorgaben abweicht und kein vollständiges, sondern ein lückenhaftes Angebot vorliegt, wenn man die Abweichungen des Bieters hinwegdenkt, ist das Angebot jedoch auch nach dieser Auffassung auszuschließen (s. BGH, a.a.O.; Gröning, NZBau 2020, 275, 277 f.; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Oktober 2021, VII-Verg 24/21; OLG Schleswig, Beschlüsse vom 28. April 2021, 54 Verg 2/21 und vom 12. November 2020, 54 Verg 2/20). Würde man abgesehen davon hier den Einsatz eines überbreiten Pontons auch nur für wenige Arbeitsstunden zulassen, müsste die Antragsgegnerin den betreffenden Kanal so lange für den Schiffsverkehr sperren. Dies will sie ausdrücklich nicht und ob die dafür erforderlichen schifffahrtsrechtlichen Genehmigungen zu erhalten sind, ist ungewiss. Darauf braucht sich die Antragsgegnerin nicht einzulassen.

Wie bereits oben unter aa) gesagt, ist es für den Angebotsausschluss ebenfalls unerheblich, dass die Antragstellerin den breiteren Ponton schon einmal auf dem betreffenden Kanal im Rahmen einer anderen Baustelle eingesetzt haben will. Selbst wenn dies auch damals der Baubeschreibung widersprochen hätte, hat die Antragstellerin kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, zukünftig wiederum rechtswidrig verfahren zu dürfen.

- cc) In der Leistungsposition 9.1.40 hat die Antragstellerin laut ihrer Angebotsanlage Bauverfahren und ihrem Gerätekonzept einen Fahrmischer angeboten, obwohl die Antragsgegnerin in dieser Position den Einsatz eines Zwangsmischers vorgeschrieben hatte.

Insoweit hat die Antragstellerin ebenfalls die Vergabeunterlagen unzulässigerweise abgeändert. Die Vorgaben der Antragsgegnerin waren eindeutig genug. Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist unstreitig, was ein Zwangsmischer ist. Unklar, da nicht

hinreichend konkret definiert, könnte allenfalls die Vorgabe sein, dass es sich um einen „Hochgeschwindigkeits-“Zwangsmischer handeln muss. Das Angebot der Antragstellerin ist hier jedoch nicht deshalb auszuschließen, weil das von ihr angebotene Gerät nicht eine bestimmte Geschwindigkeit erreicht, sondern weil es sich nicht um einen Zwangsmischer handelt. Unstreitig ist ebenfalls, dass die Antragstellerin keinen Zwangsmischer angeboten hat. Sie meint lediglich, der von ihr angebotene Fahrmischer würde das im Rahmen dieser Leistungsposition herzustellende Oberboden-Wasser-Alginat-Gemisch aufgrund seiner in der Fahrtrommel befindlichen Schnecke ebenso gut zwangsweise mischen wie ein Zwangsmischer. Dem sind die Antragsgegnerin und die Beigeladene jedoch nachvollziehbar entgegengetreten. Denn bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch in der einschlägigen Branche ist ein Zwangsmischer ein Gerät, das speziell dafür gedacht ist, Baustoffe mithilfe von Mischwerkzeugen wie z.B. Schnecken, Pflugscharen oder Schaufeln vollständig zu durchmischen. Durch die rotierenden Mischwerkzeuge wird das Mischgut gezielt beschleunigt und relativ zueinander bewegt, so dass sehr gute Mischergebnisse erzielt werden (s. wikipedia und „beton.wiki“, jeweils unter „Zwangsmischer“). Demgegenüber ist ein Fahrmischer ein Gerät, das – wie die Antragstellerin selbst einräumt – dafür gedacht ist, bereits durchmischtes Material vom Hersteller so zur Baustelle zu transportieren, dass die Durchmischung aufgrund der sich drehenden Trommel und der sich darin z.B. befindlichen Schnecke möglichst aufrecht erhalten bleibt und ein Erstarren oder vorzeitiges Abbinden des Guts verhindert wird (s. wikipedia unter „Fahrmischer“). Des Weiteren räumt die Antragstellerin ein, dass die ausgeschriebene Durchmischung durch den von ihr eingesetzten Fahrmischer nur dann zu erreichen ist, wenn sich die Schnecke anders herum als bestimmungsgemäß vorgesehen dreht. Allein aus der Angabe der Antragstellerin „Fahrmischertrommel“ war jedoch für einen objektiven Empfänger nicht erkennbar, dass das Mischergebnis deshalb auch bei Einsatz eines Fahrmischers möglicherweise mit dem bei Einsatz eines Zwangsmischers vergleichbar ist. Dass sich die Antragsgegnerin, die ausweislich ihrer eindeutigen Gerätevorgabe ein bestimmtes Mischergebnis erzielen wollte (nämlich auf jeden Fall so wie mit einem Zwangsmischer möglich), auf so eine nicht allein dem Angebot der Antragstellerin zu entnehmende und dem üblichen Einsatz der betreffenden Geräte nicht entsprechende Technik nicht einzulassen braucht, liegt auf der Hand.

Vergaberechtliche Bedenken gegen die Anforderung der Antragsgegnerin, in dieser Leistungsposition ein bestimmtes Gerät einzusetzen, bestehen nicht. Denn es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass durch diese Vorgabe bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden i.S.d. § 7 EU Abs. 2 VOB/A. Keiner der Verfahrensbeteiligten und ausweislich der Vergabeakte auch kein anderer Bieter haben vorgetragen, dass ihnen der Einsatz eines Zwangsmischers unmöglich oder nur unter erheblich erschwerten Bedingungen möglich ist.

Dass die Antragstellerin bereits im Rahmen anderer Vergabeverfahren der Antragsgegnerin für solche Leistungen wie hier Fahrmischer angeblich beanstandungslos eingesetzt haben will, ist für den Ausschluss ihres Angebots ohne Belang (vgl. hierzu bereits oben unter 2a)aa) und bb)).

- b) Ob das Angebot der beigeladenen Bietergemeinschaft ebenfalls auszuschließen ist, braucht nicht entschieden zu werden. Denn selbst wenn der von der Antragstellerin behauptete Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB vorläge, verbleiben mehrere Angebote anderer Bieter in der Wertung und könnten nach einem etwaigen Ausschluss der Beigeladenen bezuschlagt werden. Auch wenn also die Beigeladene zu Unrecht nicht ausgeschlossen worden wäre, wäre die Antragstellerin durch diesen (unterstellten) Vergaberechtsverstoß nicht in ihren Rechten verletzt (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Die Antragstellerin hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Beigeladenen gestellt, da sie ihren Antrag u.a. darauf stützt, dass die beigeladene Bietergemeinschaft aus dem Vergabeverfahren auszuschließen sei und daher nicht den Zuschlag erhalten dürfe. In einem solchen Fall entspricht es der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen, weil sich diese aktiv durch die Stellung von Anträgen und deren Begründung am Nachprüfungsverfahren beteiligt und

damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Hierüber hinaus war die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Beigeladene notwendig, um die erforderliche „Waffengleichheit“ gegenüber der anwaltlich vertretenen Antragstellerin herzustellen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2019, VII-Verg 55/18).

#### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - einzulegen.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung 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 sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Dr. Dittmann