

Leitsätze:

1. Nach § 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Die Leistungsbeschreibung muss für alle Bieter in gleicher Weise zu verstehen sein, d.h. Vorgaben dürfen keinen Spielraum für unterschiedliche Auslegungen zulassen.
2. Der Auftraggeber kann frei entscheiden, wie er Bauleistungen verwirklichen lassen will, so dass er grundsätzlich die Leistung nach Art und Umfang in der Leistungsbeschreibung definieren kann. Es ist nicht die Aufgabe der Nachprüfungsinstanzen, zu überprüfen, ob der Bedarf sinnvoll definiert wurde oder ob andere Varianten vorteilhafter bzw. wirtschaftlicher wären.

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte:
.....
(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:
Bevollmächtigte:
.....
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene:
(Beigeladene - BGl)

Vorhaben: **Neubau**
Fachlos: **Erd- und Kanalbauarbeiten**

Vergabeverfahren: **Offenes Verfahren**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 16.09.2020 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechender Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der VSt.

3. Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die VSt war notwendig.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt

1.

Die Vergabestelle schrieb Aushub- und Erdbewegungsarbeiten für den Neubau im Offenen Verfahren europaweit aus. Die Auftragsbekanntmachung wurde am xx.xx.xxxx im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.

Einziges Zuschlagskriterium war der Preis, siehe Ziff. II.2.5) der Auftragsbekanntmachung.

2.

In einer Aktennotiz der VSt vom 28.05.2020 ist folgendes festgehalten:

„ Thema: Ausschreibung Erd- und Kanalbauarbeiten neues; Bodenklassen und LV Erstellung

In Vorbereitung des Bauvorhabens „Neubau“ wurde das Ing.Büro mit der Erstellung eines Bodengutachtens beauftragt. In diesem Zusammenhang wurden durch das Büro 2 Bodenproben entnommen und gemäß der LAGA Deklarationsliste bewertet.

Probe 1: Cd = Z1.2; Cu = Z1.1; pH = Z1.2

Probe 2: Cd = Z1.2; Cu = Z1.2; pH = Z1.2

Die Ergebnisse sind aus dem Bodengutachten ersichtlich. Bei beiden Proben werden gleich mehrere Grenzwerte überschritten, demzufolge sind die vorgefundenen Böden gemäß LAGA in Z1.2 einzustufen. Dies wird auch im LV so eingestellt. “

Im Leistungsverzeichnis heißt es unter

„ 2.2 Baugrube

2.2.1 Boden Aushub Baugrube - Homogenbereich B1 - B2 bis ca. 3,00 m

Bodenaushub der Baugrube / Gründungsebene Geländeoberkante profilgerecht lösen, laden und zum Zwischenlager des AN transportieren, anlegen von Mieten mit 500 m³ zur zweifachen Beprobung, (Kosten für Bodenanalyse in gesonderter Position).

Der Bodenaushub wird Eigentum des AN und ist entsprechend der Beprobung zu entsorgen, inkl. Transport und aller etwaigen Gebühren. Die Nachweise der fachgerechten Entsorgung sind dem AG lückenlos zu übergeben.

...

Homogenbereich: B1 - B2

Schadstoffbelastung: geringe Kontamination an Cadmium und Kupfer sowie ein erhöhter pH-Wert im Eluat siehe Bodengutachten

Überwachungsbedürftig: ja

Klassifizierung: bis Z 1.2

Aushubtiefe Baugrube: bis ca. 3,00 m (im Mittel)

...

10.500 m ³	EP	GP
-----------------------	----	----

2.2.2 Bodenaushub wie vor, jedoch Z 2

Bodenaushub der Baugrube wie vor, jedoch Einstufung Z 2

500 m ³	EP	GP
--------------------	----	----

2.2.3 Bodenaushub Baugrube - Homogenbereich X1 bis ca. 6,00 m

Bodenaushub der Baugrube / Gründungsebene Geländeoberkante profilgerecht lösen, laden und zum Zwischenlager des AN transportieren, anlegen von Mieten mit 500 m³ zur zweifachen Beprobung, (Kosten für Bodenanalyse in gesonderter Position).

Der Bodenaushub wird Eigentum des AN und ist entsprechend der Beprobung zu entsorgen, inkl. Transport und aller etwaigen Gebühren. Die

Nachweise der fachgerechten Entsorgung sind dem AG lückenlos zu übergeben.

...

Homogenbereich: X1

Schadstoffbelastung: geringe Kontamination an Cadmium und Kupfer sowie ein erhöhter pH-Wert im Eluat siehe Bodengutachten

Überwachungsbedürftig: ja

Klassifizierung: bis Z 1.2

Aushubtiefe Baugrube: bis ca. 6,00 m (im Mittel)

...

10.000 m³

EP

GP “

Den Vergabeunterlagen war ein geotechnischer Bericht vom 21.01.2020 beigegeben. Dort findet sich auf Seite 13 folgende Passage:

*„...Aufgrund von geringen Kontaminationen an Cadmium und Kupfer sowie eines erhöhten pH-Wertes im Eluat sind diese Stoffe als sogenanntes **Z 1.2-Material** bzw. **Z 1.1 Material** einzustufen ...“*

Die Antragstellerin stellte am 18.06.2020 eine Bieteranfrage, was unter „*Klassifizierung bis Z.1.2*“ zu verstehen sei und wie viel Aushub davon *Z0 Material, Z 1.1 Material und Z 1.2 Material* sei.

Die VSt antwortete am 26.06.2020:

„Kann nicht differenziert werden, siehe Bodengutachten.“

3.

Die ASt rügte am 06.07.2020. Im Leistungsverzeichnis sei die Entsorgung des Aushubs zu unbestimmt und verstoße deshalb gegen eine erschöpfende Leistungsbeschreibung, § 7EU Abs. 1 VOB/A. Die Positionen 2.2.1 und 2.2.3 seien nicht kalkulierbar, weil eine Differenzierung zwischen den Materialien der Schadstoffklassen Z 0, Z 1.1 und Z 1.2 fehle.

Die ASt wiederholte ihre Rüge am 20.07.2020.

Am 20.07.2020 teilte die VSt der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen werde.

4.

Am Wettbewerb haben sich sechs Bieter beteiligt - darunter die ASt und die BGI. Nach der Angebotseröffnung am xx.xx.xxxx liegt das Angebot der ASt mit x.xxx.xxx,xx € auf Platz 3, das preislich günstigste Angebot hat die BGI mit x.xxx.xxx,xx € abgegeben.

5.

Die ASt lässt am 30.07.2020 durch ihre Bevollmächtigten beantragen:

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 160 ff. GWB, verbunden mit der unverzüglichen Information der VSt gemäß § 169 Abs. 1 GWB in Textform,
2. festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten aus § 97 Abs.6 GWB verletzt ist,
3. der VSt aufzugeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht rechtskonform durchzuführen,
4. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs.1 GWB,
5. die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die ASt für notwendig zu erklären,
6. die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der VSt aufzuerlegen.

Zur Begründung wiederholt und vertieft die ASt ihren Rügevortrag.

6.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 30.07.2020 an die Vergabestelle übermittelt und um Übersendung der Vergabeakten gebeten.

7.

Die Vergabestelle hat die Vergabeakte vorgelegt und lässt am 07.08.2020 beantragen:

1. Der Nachprüfungsantrag vom 30.07.2020 wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Auslagen der VSt.

3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten war für die VSt notwendig. Die ASt hat auch die Kosten des Verfahrensbevollmächtigten der VSt zu ersetzen.
4. Der ASt wird die Einsicht in die Vergabeakte versagt.

Der Antrag sei unzulässig. Die ASt habe gerügt, ein Vergaberechtsverstoß mache ihr eine wettbewerbliche Teilnahme nicht möglich. Dennoch habe die ASt ein konkurrenzfähiges Angebot eingereicht. Das Angebot der ASt habe auf Rang 3 gelegen. Der Preisunterschied sei im Wesentlichen nicht auf die von der ASt gerügten Positionen zurückzuführen. Mangels Rechtsverletzung sei die ASt daher nicht antragsbefugt, § 97 Abs. 6 GWB.

Der Nachprüfungsantrag sei aber auch unbegründet. Die Vergabestelle habe die ausgeschriebenen Leistungen hinreichend erschöpfend beschrieben und den Bietern kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet. Aus den Unterlagen sei klar erkennbar gewesen, dass mit einer Bodenbelastung von Z1.2 gerechnet werden müsse.

8.

Mit Schreiben vom 21.08.2020 erwidert die ASt:

Die VSt habe es versäumt, zum Zeitpunkt der Angebotserstellung eine eindeutig und erschöpfende Leistungsbeschreibung zur Verfügung zu stellen. Unter der Bezeichnung „Klassifizierung bis Z1.2“ musste die ASt bei der Kalkulation von einer unklaren Verteilung an Schadstoffklassen des Bodens ausgehen. Die ASt konnte nicht erkennen, dass eine Einstufung nach Z1.2 der Regelfall sein wird. Deshalb sei der ASt ein ungewöhnliches Wagnis gem. § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufgebürdet worden.

9.

Am 25.08.2020 hat der Vorsitzende der Vergabekammer die fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 GWB bis einschließlich 30.09.2020 verlängert.

10.

In ihrer Stellungnahme vom 31.08.2020 bleibt die VSt dabei, dass die strittigen Positionen eindeutig und hinreichend beschrieben worden seien. So habe man den bis Z1.2 klassifizierten Aushub in einer Position ausgeschrieben. Es sei klar erkennbar gewesen, dass keine Differenzierung zwischen Z0 und Z1.1 gemacht werden würde.

Zudem war den Ausschreibungsunterlagen ein Bodengutachten mit den Analysen beigelegt. Aus den dort festgestellten Belastungen konnten die Bieter erkennen, dass nahezu ausschließlich Z1.2 Material an Bodenaushub zu erwarten sein werde.

11.

Die Vergabekammer hat am 02.09.2020 die Fa. zum Verfahren beigelegt.

12.

Der ASt wurde am 02.09.2020 Akteneinsicht gemäß § 165 GWB gewährt.

13.

Auf die Stellungnahme der BGI vom 09.09.2020 wird verwiesen. Die BGI betont, dass die Ausschreibung eindeutig kalkuliert werden konnte.

14.

In ihrer Stellungnahme vom 11.09.2020 trägt die ASt vor:

Aus der Formulierung der VSt im Leistungsverzeichnis (bis Z1.2) musste die ASt davon ausgehen, dass verschiedene Bodenklassen entsorgt werden müssten, nämlich Z0, Z1.1 und Z1.2 Böden.

Die abgefragten Leistungen stünden im Widerspruch zur tatsächlichen zu erbringenden Leistung, weshalb das Vergabeverfahren zu wiederholen sei.

15.

Auf die hierauf erfolgte Stellungnahme der VSt vom 14.09.2020 wird verwiesen.

16.

In der mündlichen Verhandlung am 16.09.2020 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zum Verfahren zu äußern. Auf das Protokoll wird verwiesen.

Die ASt und die VSt bleiben bei ihren Anträgen aus dem Nachprüfungsantrag vom 30.07.2020 bzw. dem Schriftsatz vom 07.08.2020. Die BGI stellt keinen Antrag.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.

- c) Bei dem ausgeschriebenen Bauauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.
- d) Die Gesamtkosten für den Neubau übersteigen den Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB)
Die hier streitgegenständlichen Erd- und Kanalbauarbeiten mit einem Auftragswert von > 1 Mio. € sind ein Teilloos dieser Maßnahme. Dementsprechend hat die VSt die Ausschreibung als Offenes Verfahren im Amtsblatt der EU bekannt gemacht. Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung nach §§ 115 ff GWB festgelegt.
- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Die ASt macht einen Vergabeverstoß geltend, der sie daran hindert, ein attraktives Angebot abzugeben. Das Angebot der ASt hat dadurch weniger Chancen auf den Auftrag, weshalb ihr ein Schaden droht.
- f) Die ASt ist am 12.05.2020 rechtzeitig Ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen.
- g) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.
- h) Die ASt hat nach Erhalt des Nichtabhilfescheidens vom 20.07.2020 am 30.07.2020 und damit innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB den Nachprüfungsantrag gestellt.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt die ASt nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB. Die VSt hat das Vergabeverfahren vergaberechtskonform durchgeführt.

- a) Ein Verstoß gegen § 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist nicht festzustellen. Nach § 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und

ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Die Leistungsbeschreibung muss für alle Bieter in gleicher Weise zu verstehen sein, d.h. Vorgaben dürfen keinen Spielraum für unterschiedliche Auslegungen zulassen. Diesen Vorgaben genügen die Positionen 2.2.1 und 2.2.3. Dort ist die Schadstoffklasse für den Bodenaushub mit „bis Z1.2“ festgelegt. Daraus muss ein kundiger Bieter lesen, dass er die Entsorgung von Böden der Schadstoffklasse bis Z1.2 zu kalkulieren hat, d.h. auch die Zuordnungswerte mit geringerem Schadstoffgehalt (= Z0 und Z1.1). Böden mit dem höheren Schadstoffgehalt Z2 sind in Pos. 2.2.2 anzubieten.

- b)** Es obliegt dem Aufgabenbereich der VSt, bei Erstellung des Leistungsverzeichnisses den Anteil der Schadstoffklassen des Bodenaushubs festzulegen. Es ist nicht zu beanstanden, dass die VSt den Schadstoffgehalt des Bodens bis Z1.2 und Z2 festgelegt hat.

Die ASt kann nicht wirksam fordern, die VSt hätte den Bodenaushub in weitere Schadstoffklassen differenzieren müssen. Der Auftraggeber kann frei entscheiden, wie er Bauleistungen verwirklichen lassen will, so dass er grundsätzlich die Leistung nach Art und Umfang in der Leistungsbeschreibung definieren kann. Es ist nicht die Aufgabe der Nachprüfungsinstanzen, zu überprüfen, ob der Bedarf sinnvoll definiert wurde oder ob andere Varianten vorteilhafter bzw. wirtschaftlicher wären. (Lausen in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage, § 7 VOB/A Rd.Nr. 7). Nach Einschätzung der Vergabekammer wird den Bietern hier kein ungewöhnliches Wagnis gem. § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auferlegt.

- c)** Der Vorwurf der ASt, der Aktenvermerk der VSt vom 28.04.2020 würde zusätzliche Erkenntnisse beinhalten, die für die Kalkulation maßgeblich seien und den Bietern vergaberechtswidrig vorenthalten wurden, ist unzutreffend. Auch die Berücksichtigung des Aktenvermerks vom 28.05.2020 führt zu keinem anderen Ergebnis. In diesem Vermerk stellt die VSt auf der Grundlage der Ergebnisse aus einem Bodengutachten und der örtlichen Gegebenheiten fest, wie der vorgefundene Boden nach ihrer Auffassung einzustufen ist.

Es handelt sich somit lediglich um eine Einschätzung der VSt auf der Grundlage eines Bodengutachtens, das den Vergabeunterlagen beigelegt war. Die Vergabestelle hatte keine zusätzlichen Erkenntnisse, die sie den Bietern zur Kalkulation ihres Angebotes hätte mitteilen müssen. Dies bedeutet, dass die Bieter entsprechend der beigelegten Gutachten auch selbst die Schadstoffklasse des Bodens einschätzen konnten.

Aus diesem Vermerk kann nicht zwingend gefolgert werden, dass in den Pos. 2.2.1 und 2.2.3 der Bodenaushub mit der Schadstoffklasse stets mit Z1.2 zu erwarten ist. Es ist vom Ausbau abhängig, d.h. wie der Auftragnehmer die Abtragung vornimmt und wie er den Aushub vor einer Verwendung handhabt. Die Vermischung des Bodens wird maßgeblich sein, ob sämtliches Material der Schadstoffklasse Z1.2 zugeordnet werden muss oder bei anderem Umgang Teile des Aushubes in die Schadstoffklasse Z1.1 eingestuft werden können. Aus diesem Grund ist es zutreffend, wenn im LV in den Pos. 2.2.1 und 2.2.3 von Zuordnungswerten **bis** Z1.2 ausgegangen wird.

- d) Es liegt auch kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot vor. Alle Bieter und die Vergabestelle hatten die gleichen Erkenntnisse. Die tatsächlichen Zuordnungswerte des zu entsorgenden Materials stehen erst nach der Beprobung des ausgebauten Materials fest.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die ASt hat nach § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten des Verfahrens zu tragen, weil sie unterlegen ist.
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 GWB.
- c) Die Beigeladene hat keine Anträge gestellt. Sie hat daher das Risiko des Unterliegens nicht getragen und bekommt im Umkehrschluss dazu auch keine Aufwendungen erstattet.
- d) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt notwendig (§ 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 S. 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der VSt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Zudem ist anzuführen, dass sich die ASt von Beginn an anwaltlicher Unterstützung bediente, so dass die VSt aus dem Aspekt der Waffengleichheit den komplexen Sachverhalt auch anwaltlicher Prüfung und Unterstützung unterstellen durfte.

- e) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der Antragstellerin und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr von x.xxx,- €.
- f) Die von der ASt zu tragende Gebühr wird mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von x.xxx,- € verrechnet.

Für den übersteigenden Betrag von x.xxx,- € erhält die ASt eine Kostenrechnung.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....