



# Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

## Beschluss

Das Ersetzen eines vorhandenen , aber inhaltlich unzureichenden Nachweises durch die spätere Bezugnahme auf einen Nachweis zu einer anderen Ordnungsziffer ist eine unzulässigere Nachbesserung. Die nachgereichten Informationen (Nachweise) sollen vielmehr nur zur "Aufklärung" beitragen.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe des Auftrags

xx- Ausbau Sport-  
halle"xxxxxxxxxxxxxxxx

### VK 2 – 02/15

xx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxx

**Antragstellerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

xx  
xx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

XX  
XX

### Antragsgegnerin

sowie

### die beigefügte

XX  
XX

wegen Ausschlusses aus dem Verfahren

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 06.02.2015 durch die Vorsitzende RD'in Hugenroth, die hauptamtliche Beisitzerin RD'in Trottenburg und den ehrenamtlichen Beisitzer Ass. Latzel

am 13. Februar 2015 entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unbegründet zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die die Kosten des Verfahrens und die außergerichtlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxxxEuro festgesetzt.

### Gründe

#### I.

Die Antragsgegnerin schrieb in einem offenen Verfahren nach VOB Bauleistungen für das xx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx EU-weit aus. Die Gesamtbaumaßnahme ist mit Baukosten in Höhe von rund xxxxxxo Euro kalkuliert.

Alleiniges Wertungskriterium ist der Preis.

Ziff. 2.4.50 und 2.4.60 des Leistungsverzeichnisses lauten - auszugsweise - wie folgt:

#### **"2.4.50 1-flgl. Sporthallen-Rauchschtür RS-1**

Stahl-Glas-Türelemente als 1-flgl. Sporthallen-Rauchschtür herstellen, liefern und gebrauchsfertig montieren.

Türkonstruktion und Türausstattung wie in den technischen Vorbemerkungen beschrieben, jedoch hergestellt als Sonderkonstruktion nach DIN 18032 für Sporthallen und nach DIN 18095 als 1-flgl. Sporthallen-Rauchschtüren RS-1 mit allgemeinem bauaufsichtlichem Prüfzeugnis."

(...) "RS-1-Türen hergestellt als verglaste Stahlkonstruktion, festverglast mit mind. 8 mm dickem Einscheibensicherheitsglas (ESG). Je Türflügel ein Glasfeld auf voller Höhe, im Bereich des Muscheldrückers muss eine ca. 25-30 cm breite Stahlblechverkleidung auf voller Türflügelhöhe zur Aufnahme der Türmuschel.

(...) "Die Übereinstimmung des Rauchschtabschlusses mit den Bestimmungen des allgemeinen bauaufsichtlichen Prüfzeugnisses muss vom Hersteller mit einer objektbezogenen Werksbescheinigung belegt werden. Sollte der Bieter nicht in der Lage sein, Sporthallen-Rauchschtabschlüsse mit allgemeinem bauaufsichtlichem Prüfzeugnis vorzulegen, können auch Rauchschtabschlüsse mit Zustimmung im Einzelfall angeboten werden."

(...) "Beispielhaftes Fabrikat für Sporthallen-Rauchschtür:

"H-Sporthallen-Rauchschtür"

#### **"2.4.60 Zulage flächenelastische Prallwandfunktion**

Zulage zu Pos. 02.04.050 für das Ausrüsten der hallenseitigen Stahl-Glas-Türflächen einschl. Glasscheibe mit flächenelastischer Prallwandfunktion, durch ein anerkanntes Prüfinstitut geprüft nach dem Anforderungsprofil der BAGUV.

Die Gesamtfläche, also Glas- und Rahmenfläche, muss entsprechend nachgiebig ausgebildet sein. Fugen, durch die man in die Prallwandkonstruktion sehen kann, müssen aus Verletzungsgründen durch geeignete Metallabschlussprofile verdeckt werden. Der Kraftabbau muss über Stahl-Druckfedern oder gleichwertige stabile Bauteile ausgeführt werden.

Beispielhaftes Fabrikat für die Prallfunktion:

"H-E"

Gemäß Submissionsprotokoll vom 24.07.2014 erhielt die Antragsgegnerin insgesamt 8 Angebote, wobei die Antragstellerin preislich an Stelle 2 lag und die Beigeladene preislich an Stelle 4. Nach Ausschluss des Mindestbieters aus dem Verfahren liegt die Antragstellerin preislich an Stelle 1.

Im Angebot der Antragstellerin vom 17.07.2014 war bei **Pos. 2.4.50** eingetragen:  
Angebotenes Fabrikat/Typ der Sporthallen-Rauchschtür: "X-RS"

Prüfzeugnis-Nr. P vom 2014"

Dem Angebot der Antragstellerin war zu dieser Position ein Nachweis beigelegt, nach dem der Rauchschtabschluss nur in Wände eingebaut werden bzw. an Bauteile anschließen durfte, die den Bestimmungen des Abschnittes 1.2.1 entsprechen. Auf den als Anlagen 1 und 2 beigelegten Zeichnungen waren Türdrücker (keine Muschelgriffe) abgebildet. Das Prüfzeugnis (- Allgemeines bauaufsichtliches Prüfzeugnis Nr. des vom 2014 zur RS-1-Tür "AB) bescheinigt diverse Rauchschtprüfungen nach DIN 18095-2. Es enthält keine Aussage zur Sporthallentauglichkeit.

Bei Position **2.4.60** war unter "Angebotenes Fabrikat/Typ " eingetragen::

"X KA", Prüfnummer " 4A"

Dem Angebot der Antragstellerin war zu dieser Position der vorgenannte Nachweis " 4A" beigelegt, worin es heißt: "Eignungsprüfungen einer flächenelastischen Prallschtwand gemäß DIN CERTCO Zertifizierungsprogramm für Wandverkleidungen in Hallen und Räumen für Sport und Mehrzwecknutzung. Zum Prüfmuster heißt es u.a.: "Die Vorderseite des Tür- und Torelements bestand aus 12 mm dicken Multi-plexplatten.... Die Platten waren auf vertikal verlaufende Hartholzleisten...geschraubt."

Des Weiteren war dem Angebot lt. Liste der Anlagen der -Prüfbericht Nr. 613 vom beigelegt. Dieser ist in der Liste der Anlagen enthalten. Der Prüfbericht wird jedoch nicht der Position 2.4.60 zugeordnet, sondern er ist als Nachweis zu Position 2.4.100 angegeben ("Zulage zu Pos. 2.4.50 für das Ausrüsten der hallenseitigen Stahl-Glas-Fensterflächen mit flächenelastischer Prallschtwandfunktion (...").

Das Projektsteuerungsbüro der Antragsgegnerin hatte zunächst von der Antragstellerin Nachweise hinsichtlich der Pos. 2.4.50 hinsichtlich Sporthallentüreignung nachgefordert.

Mit E-Mail vom 06.08.2014 übersandte die Antragstellerin

- ein Deckblatt einer gutachtlichen Stellungnahme der vom zum Produkt "AB" (01)
- den Prüfbericht der vom (Nr. 613)
- die Werksbescheinigung des Herstellers XYZ für die einflügelige Rauchschutztür "AB" als Tür DIN 18095-RS 1
- das allgemeine bauaufsichtliche Prüfzeugnis des (Nr. P) vom .

Daraufhin kündigte das xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx der Antragstellerin die Erteilung des Auftrags an und mit Schreiben vom 19.09.2014 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § 101a GWB, dass der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin erteilt werden soll.

Mit Schreiben xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx vom 24.09.2014 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass bei einer Prüfung der mit E-Mail vom 06.08.2014 nachgereichten Zulassungen und Prüfzeugnisse für die Sporthallen-Rauchschutztüren diverse Differenzen festgestellt worden seien, und bat die Antragstellerin um Stellungnahme dazu bis zum 29.09.2014.

Mit E-Mails vom 29.09.2014 übersandte die Antragstellerin daraufhin folgende Unterlagen:

- ein Begleitschreiben der Firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx vom 29.09.2014 zu den nachfolgend genannten Unterlagen
- ein an die Firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx gerichtetes Schreiben des xxx vom 25.09.2014. Darin heißt es unter anderem: "Gern bestätigen wir Ihnen die erfolgreiche Prüfung einer einflügeligen Rauchschutztür System AB mit flächenelastischer Vorsatzschale aus Glas als Prallwand. Die geprüfte Tür war eine einflügelige verglaste Sporthallen-Rauchschutztür System AB 60 für die Innenanwendung und bestand aus der Zarge, dem Türflügel und der Vorsatzschale....Hallenseitig war ein Muschelgriff angebracht.

- das allgemeine bauaufsichtliche Prüfzeugnis des , Stand , Prüfgegenstand RS-1-/ RS-2-Tür "AB", Prüfzeugnis-Nr. P

- Bescheinigung der Firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx vom 25.09.2014, worin bescheinigt wird, dass die aus ihrer Produktion stammende Rauchschutztür "AB" dem Baumuster des allgemeinen bauaufsichtlichen Prüfzeugnisses Nr. P vom der Prüfstelle entspreche, welches mit positivem Ergebnis nach den in DIN 18 095 Teil 1 festgelegten Bedingungen geprüft wurde. Dieser Bescheinigung sind Zeichnungen unter anderem der "verglasten Rauchschutztüre mit flächenelastischer Vorsatzschale Typ 96" beigelegt, aus der Muschelgriffe erkennbar sind.

- Ein an die Firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx gerichtetes Schreiben der Firma xxxxxxxx vom 26.09.2014, wonach die Gültigkeit älterer Prüfzeugnisse dokumentiert wurde.

Mit Schreiben vom 30.09.2014 und vom 02.10.2014 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass aufgrund neuer Erkenntnisse das Vergabeverfahren in den Stand der Angebotswertung zurückversetzt werden und eine erneute Angebotswertung gemäß § 16 EG VOB/A durchgeführt werden müsse. Nach Abschluss der neuerlichen Angebotswertung werde die Antragstellerin über den Ausgang des Verfahrens informiert.

Mit E-Mail vom 02.10.2014 wies die Antragstellerin die Antragsgegnerin darauf hin, dass ihr Angebot aus ihrer Sicht alle Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erfülle. Sie wies auf die Seiten 25 und 26 des Leistungsverzeichnisses hin und erklärte sich bereit, ohne Mehrkosten für den Bauherrn die Zustimmung im Einzelfall einzuholen.

Mit Schreiben vom 30.10.2014 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § 101a GWB, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden soll und dass sie beabsichtigt, den Zuschlag am 10.11.2014 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Sie gab im Wesentlichen die Begründung wie im Schreiben vom 21.11.2014 (s.u.).

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 07.11.2014 rügte die Antragstellerin gegenüber dem xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx als Rechtsaufsicht der Antragsgegnerin und gegenüber der Antragsgegnerin. xxxxxxxxxx betätigte den Eingang und vorläufige Nichterteilung des Zuschlags.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 24.11.2014 wandte sich die Antragstellerin unter Verweis auf das v.g. Schreiben des xxxxxxxx an die Antragsgegnerin und setzte dieser unter Androhung eines Nachprüfungsverfahrens bis zum 25.11.2014, 14:00 Uhr, eine Frist, zuzusagen, dass der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin durch Schreiben vom 30.10.2014 rückgängig gemacht wird und der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin erteilt wird. Mit einem an die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gerichteten Schreiben vom 21.11.2014 teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie an dem Ausschluss der Antragstellerin von der Wertung festhalte, und gab folgende Begründung:

Bei der in Pos. 2.4.50 angebotenen RST-Tür mit der allgemeinen bauaufsichtlichen Prüfzeugnis-Nr. P ( ) handelt es sich um eine normale Rauchschutztür (keine Sporthallen-Rauchschutztür), die gemäß Zeichnungen nur in der Wandleibung eingebaut wird und - entgegen den Anforderungen der DIN 18032 - nicht über hallenwandbündig abschließende Muscheldrücker verfügt. (siehe Anlage 3 und 4 des Prüfzeugnisses).

Mit dem Angebot habe die Antragstellerin für die Pos. 2.4.60 das Prüfzeugnis -Nr.: 4A benannt. Bei dem angegebenen Prüfzeugnis handelt es sich um eine flächenelastische Prallwand aus Multiplex-Platte, wie man üblicherweise bei Geräteraumtoren bzw. Stahlblechtüren verwendet (vgl. Pos. 2.4.20). Gefordert war jedoch eine Prallwand aus eingerahmter Glasfläche. Das eingetragene Prüfzeugnis für diese Position ist offensichtlich nicht geeignet und falsch.

Erst im Rahmen der Klärung des Angebotsinhaltes sei von der Antragstellerin der Prüfbericht des Institut Nr.: 613 vom auch für die Pos. 2.4.60 als gültig erklärt worden. Dadurch sei das ursprünglich angegebene Prüfzeugnis durch ein anderes ersetzt worden. Dieses komme einer vergaberechtlich nicht zulässigen nachträglichen Änderung des Angebotes gleich.

Mit einem am 04.12.2014 per Fax bei der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 27.11.2014 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 107 Abs. 1 GWB.

Die Vergabekammer Detmold hat zugestellt, die Firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxx mit Beschluss vom 11.12.2014 beigeladen und die Entscheidungsfrist nach § 113

GWB bis zum 27.2.2015 verlängert. Die Vergabekammer Westfalen hat nach Überleitung der Vergabekammer Detmold mit Schreiben vom 20.01.2015 geladen.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, die Entscheidung über den Ausschluss ihres Angebotes verstoße gegen vergaberechtliche Bestimmungen und verletze sie in ihren Rechten (§ 97 Abs. 7 GWB). Ihr Angebot entspreche vollumfänglich den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses und sei daher nicht gemäß § 16 EG Abs. 6 Nr. 3 VOB/A von der Wertung auszuschließen gewesen. Bei der zu Pos. 2.4.50 angebotenen Tür handele es sich sehr wohl um eine Sporthallenrauchschutztür mit halbenwandbündig abschließenden Muscheldrückern.

Dadurch, dass sie - die Antragstellerin - erst im Rahmen der Klärung des Angebotsinhalts den Prüfbericht Nr. 613 vom für die Position 2.4.60 als gültig erklärt habe, habe sie auch nicht ein ursprünglich angegebenes Prüfzeugnis durch ein anderes ersetzt, sondern lediglich Nachweise im Rahmen der Aufklärung ergänzt. Dies stelle keine nachträgliche Änderung des Angebots dar; da die angebotenen Produkte unverändert blieben.

Mit Schriftsatz vom 15.01.2015 weist die Antragstellerin erstmalig darauf hin, dass das Prüfzeugnis 613 bereits dem Angebot beilegen habe. Sie behauptet, es sei nur versehentlich nicht der Pos. 2.4.60 zugeordnet worden. Der Antragsgegnerin habe bei Würdigung des Angebots auffallen müssen, dass der v.g. Prüfbericht sich auch auf Position 2.4.60 beziehe.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, den durch deren Vorabinformationsschreiben vom 30.10.2014 mitgeteilten Ausschluss des Angebots der Antragstellerin von der Wertung aufzuheben und den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin.



3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag auf Kosten der Antragstellerin kostenpflichtig zurückzuweisen.

Sie bezieht sich zur Begründung auf ihre Stellungnahme vom 21.11.2014 und vertritt darüber hinaus die Auffassung, das Angebot der Antragstellerin sei schon allein mit Blick auf Pos. 2.4.60 zwingend auszuschließen gewesen.

Die Antragstellerin habe im Angebot zu Pos. 2.4.60 angegeben und vorgelegt ein Prüfzeugnis des Instituts mit der Prüfnummer 4 A . Gegenstand der Prüfung dieses Prüfzeugnisses seien jedoch Prüfmuster (Tür- und Torelement) bestehend aus einer "Verkleidung 12 mm Birke-Multiplex" und nicht- wie im LV zu Pos. 2.4.50 und 2.4.60 gefordert - bestehend aus einer Stahl-Glas-Konstruktion.

Ausweislich des von der Antragstellerin mit Angebot vom 17.07.2014 vorgelegten Prüfberichts vom habe unter der Prüfnummer 4A die flächenelastische Wirkung eines Tür- und Torelementes untersucht, dessen "Vorderseite aus 12 mm dicken Multiplexplatten mit gerundeten Kanten" bestand. Die Platten - so der Bericht - "waren auf vertikal verlaufenden Hartholzleisten ... verschraubt. Eine solche Konstruktion unter Einsatz des Materials Holz entspreche nicht den Vorgaben des LV. Die ausgeschriebenen Sporthallentüren sollten als verglaste Stahlkonstruktion (ohne Holz) hergestellt werden.

Bei der erstmalig im Rahmen der Angebotsaufklärung hinsichtlich Pos. 2.4.60 erfolgten Bezugnahme auf den Prüfbericht Nr. 613 handele es sich nicht um eine bloße Ergänzung bzw. Präzisierung des ursprünglich angegebenen Prüfzeugnisses. Der Prüfung gemäß Prüfbericht Nr. 613 habe ein ganz anderes Prüfmuster (anderes Produkt) zugrunde gelegen als der Prüfung gemäß dem noch mit Angebot zu Pos. 2.4.60 angegebenen Prüfbericht Nr. 4 A . Dass es sich bei dem Prüfbericht Nr. 613 nicht lediglich um ein "Ergänzungsgutachten" handele, sondern um eine hiervon losgelöste, völlig neue Prüfung mit anderem Prüfgegenstand, erkenne man ohne weiteres daran, dass es im Prüfbericht Nr. 613 an jedweder Bezugnahme oder Verweis auf den Prüfbericht Nr. 4A fehle.

Bei dem erst später ins Feld geführten Prüfbericht Nr. 613 handele es sich daher um ein "aliud" und nicht um eine bloße Angebotserläuterung. Die Antragstellerin dürfe aber nicht Angaben zu einzelnen Positionen gegen andere, neue Angaben austauschen, da dies zu einer unzulässigen nachträglichen Änderung des ursprünglichen Angebotsinhalts führe.

Mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 15.01.2015 räumt die Antragstellerin ein, dass sie im Rahmen des Angebots vom 17.07.2014 bei der Ziff. 2.4.60 unter der Prüfnummer " 4 A " eingetragen hatte. Sie behauptet, dies sei ein Versehen gewesen. Bereits im Rahmen des Angebots habe sie nämlich neben dem v.g. Prüfzeugnis auch das - zutreffende - Prüfzeugnis 613 vorgelegt und dieses lediglich nicht richtig mit der Ziff. 2.4.60 in Verbindung gebracht. Sie meint, der Antragsgegnerin habe bei kundiger Würdigung des Angebots auffallen müssen, dass sich der Prüfbericht 613 auch auf die Pos. 2.4.60 bezieht.

Die Beigeladene hat mit Schriftsatz vom 26.01.2015 darauf hingewiesen, dass ihr Angebot den Ausschreibungsanforderungen der Antragsgegnerin entspreche.

Am 06.02.2015 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

## II.

### 1. Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

#### 1. 1 Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), §§ 2 Abs. 1, 2, § 3 Abs. 2 der Zuständigkeitsverordnung in Nachprüfungsverfahren des Landes Nordrhein-Westfalen (ZuStVONpV NRW vom 2.12.2014, SGV. NW. Nr. 630). Die bereits von der Vergabekammer Detmold eingeleiteten Nachprüfungsverfahren sind mit dem Inkrafttreten der neuen ZustVONpV auf die Vergabekammer Westfalen übergeleitet worden. Der Antragsgegner als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB hat seinen Sitz in Paderborn, mithin im neuen Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen.



der Antragsgegnerin vom 21.11.2014) bis zur Stellung des Antrags bei der Vergabekammer mit Fax vom 04.12.2014 nicht mehr als 15 Kalendertage vergangen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet.

Es liegt kein Verstoß gegen die Bestimmungen über das Vergabeverfahren vor. Die Antragstellerin ist durch den Ausschluss ihres Angebots nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Sie hat kein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben. Ihr Angebot war im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes formell auszuschließen.

2.1 In Bezug auf Pos. **2.4.50 1-flgl. Sporthallen-Rauchschutztür RS-1** des Leistungsverzeichnisses (LV) ist es so, dass gemäß Ausschreibungstext Nachweise beigebracht werden sollten sowohl für DIN 18095 (Rauchschutz) als auch für DIN 18032 (Sporthallentauglichkeit). Die Antragstellerin hatte ihrem Angebot lediglich Prüfzeugnisse in Bezug auf DIN 18095 beigelegt, jedoch keine Nachweise bezüglich DIN 18032. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin diesen "fehlenden geforderten Nachweis" gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG nachgefordert hat. Nach eingehender Überprüfung der von der Antragstellerin im Rahmen des Nachforderungsverfahrens vorgelegten Prüfbescheinigungen spricht aus Sicht der Kammer einiges dafür, dass die Antragstellerin nachgewiesen hat, dass die von ihr zu Pos. 2.4.50 angebotene Tür "AB" die an eine Sporthallen-Rauchschutztür zu stellenden Anforderungen erfüllt. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass das fachliche Ergebnis des Projektsteuerungsbüros zu der Frage, ob die DIN-Normen erfüllt sind und der Muscheldrucker erprobt ist, nicht von der Kammer nachvollzogen werden konnte. Immerhin hat das Projektsteuerungsbüro keine Bedenken hinsichtlich der Unterlagen zu Pos. 2.4.100 gehabt, die die gleichen Anforderungen an die Fenster vorgab. Die Antragsgegnerin hat jedoch hinsichtlich der Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte ein gewisses Beurteilungsermessen, das die Kammer nicht ersetzen kann. Für einen Ermessens Fehlgebrauch liegen keine Anhaltspunkte vor. Letztlich ist diese Frage aber nicht entscheidungserheblich.

2.2 Das Angebot der Antragstellerin war gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A EG wegen unzulässiger Änderung an den Vergabeunterlagen in Bezug auf **Pos. 2.4.60 Zulage flächenelastische Prallwandfunktion** des LV auszuschließen.

2.2.1 Ob eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vorliegt, indem der Bieter nicht das anbietet, was der öffentliche Auftraggeber nachgefragt hat, ist zunächst anhand einer Auslegung der Leistungsbeschreibung einerseits und des Angebots andererseits aus objektiver Sicht eines branchenkundigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Empfängers festzustellen (§§ 133, 157 BGB). (Kurlatz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zu VOB/A, Rn. 30 zu § 16 VOB/A).

Hinsichtlich der Anforderungen seitens der Antragsgegnerin ist der Ausschreibungstext zu Pos. 2.4.60 eindeutig formuliert: Gewünscht war ein Fabrikat, das aus einer Glas- und Rahmenfläche besteht, mit flächenelastischer Prallwandfunktion ausgerüstet und durch ein anerkanntes Prüfinstitut geprüft nach dem Anforderungsprofil der BAGUV ist.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot zu Pos. 2.4.60 als Fabrikat "X KA" eingetragen und bei Prüfnummer/Prüfinstitut " 4A ". Sie hat ihrem Angebot auch das entsprechende Prüfzeugnis des Instituts mit der Prüfnummer 4A vom beigefügt. Darin heißt es unter Ziff. 1.1 unter "Angaben zum Prüfmuster": " (...) Die Vorderseite des Tür- und Torelements bestand aus 12 mm dicken Multiplexplatten... (...) Die Platten waren auf vertikal verlaufenden Hartholzleisten (...) geschraubt."

Somit entspricht das zu Pos. 2.4.60 von der Antragstellerin eingetragene und mit dem Angebot vom 17.09.2014 vorgelegte Prüfzeugnis 4A unstreitig nicht den im LV gemachten Vorgaben zu 2.4.60, die ausdrücklich eine verglaste Stahlkonstruktion verlangen. Die Antragstellerin hat eine andere als die ausgeschriebene Leistung angeboten (Multiplex/Holz statt Glas/Stahl) und damit eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen vorgenommen.

Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Änderung der Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter die zu erbringende Leistung abändert oder eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbietet. Eine Änderung liegt auch vor, wenn ein Unternehmen wesentliche Teile der ausgeschriebenen Leistung nicht so wie verlangt anbietet. Denn in diesen Fällen liegen der Vergabestelle für den Wertungsvorgang keine vergleichbaren Angebote vor, so dass die Chancengleichheit aller Bieter nicht mehr sichergestellt und gewährleistet ist (vgl. dazu u.a. BGH, Beschluss vom 1.8.2006, X ZR 115/04; OLG Frankfurt, 26.5.2009, 11 Verg 2/09; OLG Karlsruhe, 10.6.2011, 15 Verg

7/11. Eine nachträgliche Ergänzung von Angeboten ist dann nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 VOB/A unstatthaft, OLG Düsseldorf, 12.2. , Verg 1/13.).

Die Antragsgegnerin hätte hier in Bezug auf die Pos. 2.4.60 keine Nachweise nachfordern dürfen. In § 16 Abs. 1 Nr. 3 EG VOB/A heißt es: "Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise und wird das Angebot nicht entsprechend den Nummern 1 oder 2 ausgeschlossen, verlangt der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach."

Unter § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A fallen somit lediglich geforderte Erklärungen und Nachweise, die bis zum Fristablauf mangels Vorlage physisch nicht vorhanden oder unvollständig sind oder sonst formalen Vorgaben nicht entsprechen, so dass das Angebot gar nicht geprüft werden kann.

Eine inhaltliche Nachbesserung des Angebots sollte durch die Einführung der Vorschrift gerade nicht erreicht werden. Vielmehr verhindert die Regelung lediglich, dass unvollständige Angebote per se ausgeschlossen werden. Eine inhaltliche Veränderung, ein Austausch oder eine Ergänzung bereits vorliegender Unterlagen stellt jedoch eine unzulässige Nachbesserung dar. Bei inhaltlich unzureichenden Angeboten bleibt nur ein Ausschluss nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Nach Auffassung in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (vgl. u.a. OLG Düsseldorf, vom 9.5.2011, Verg 41/11 und vom 17.12.2012, Verg 47/12 und vom 12.9.2012, Verg 108/11; OLG München, 15.3.2012, Verg 2/12; OLG Dresden, 21.2.2012, Verg 1/12; OLG Celle, 24.4.2014, 13 Verg 2/14) sind Nachweise und Erklärungen nur dann nicht „nicht vorgelegt“, wenn sie gar nicht eingereicht worden sind oder wenn sie rein formale Mängel aufweisen.

Hier war es jedoch nicht so, dass im Angebot der Antragstellerin der Nachweis zu Pos. 2.4.60 gefehlt hätte. Es war vielmehr so, dass zu Pos. 2.4.60 ein Nachweis beigefügt war. Dieser Nachweis war auch nicht in formaler Hinsicht mangelhaft, sondern er entsprach inhaltlich nicht den Anforderungen des LV. Somit handelt es sich hier nicht um einen fehlenden, sondern einen inhaltlich unrichtigen Nachweis, so dass eine Nachforderung von Nachweisen gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht möglich war.

Die spätere Bezugnahme der Antragstellerin auf Prüfzeugnis 613 stellt keine bloße Ergänzung bzw. Präzisierung des ursprünglich angegebenen Prüfzeugnisses

dar. Denn der Prüfung gemäß Prüfbericht 613 hat ein ganz anderes Prüfmuster (anderes Produkt) zugrunde gelegen als der Prüfung gemäß dem ursprünglich zu Pos. 2.4.60 angegebenen Prüfbericht Nr. 4 A . Durch die spätere Bezugnahme auf den Prüfbericht 613 tauscht die Antragstellerin im Nachhinein ihre ursprünglich gemachten Angaben zu Pos. 2.4.60, nämlich den Prüfbericht 4 A , inhaltlich gegen neue Angaben aus. Hierdurch wird der Inhalt des ursprünglichen Angebots in unzulässiger Art und Weise geändert.

Es ist nicht zulässig, bereits vorgelegte Nachweise auszutauschen, um das Angebot zu "verbessern". (OLG Düsseldorf, 12.09.2012, 108/11). Die nachgereichten Informationen (Nachweise) sollen vielmehr zur "Aufklärung" beitragen. Durch die "nachgeforderten Erklärungen und Nachweise" darf keine Änderung am Inhalt des ursprünglichen Angebots erfolgen. (OLG Brandenburg, 07.08.2012, VergW 5/12).

Ein Nachweis "fehlt" nur dann, wenn er entweder nicht vorgelegt worden ist oder formale Mängel aufweist (OLG Düsseldorf, 12.09.2012, VII-Verg108/11, Verg 108/11 zu § 19 EG Abs. 2 VOL/A 2009). Eine Nachforderungspflicht des Auftraggebers besteht im Hinblick auf körperlich vorhandene Erklärungen oder Nachweise nur, wenn sie in formaler Hinsicht von den Anforderungen abweichen. Auch aus § 7 Abs. 13 VOL/A EG ergibt sich nichts anderes. Diese Norm bezieht sich nur auf bereits vorgelegte Nachweise und deren Vervollständigung oder Erläuterung, nicht aber auf deren Austausch durch andere, "bessere" Nachweise.

2.2.2 Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass der Prüfbericht des Instituts " " Nr. 613 vom dem Angebot der Antragstellerin vom 17.07.2014 bereits an anderer Stelle als Anlage beigelegt war. Denn die Antragstellerin hatte den Bericht 613 nicht als Nachweis zu Pos. 2.4.60 eingetragen und beigelegt, sondern als Nachweis zu Pos. 2.4.100 eingetragen und beigelegt. In Bezug auf die Pos. 2.4.60 hat die Antragstellerin auf diesen Prüfbericht erstmalig im Rahmen der Angebotsaufklärung ausdrücklich Bezug genommen. Die Antragstellerin meint, der Antragsgegnerin habe bei kundiger Würdigung des Angebots auffallen müssen, dass sich der Prüfbericht 613 auch auf die Pos. 2.4.60 beziehe.

Mit dieser Auffassung überspannt die Antragstellerin die an die Antragsgegnerin zu stellenden Anforderungen. Im konkreten Fall steht der Auffassung der Antragstellerin entgegen, dass diese selbst erstmalig mit Schriftsatz vom 15.01.2015 im Nachprü-

fungsverfahren vor der Vergabekammer darauf hingewiesen hat, dass der Bericht 613 schon in ihrem ursprünglichen Angebot enthalten war. Dies hat sie vorher weder während des gesamten Nachforderungsverfahrens der Antragsgegnerin noch in ihrer Antragsschrift vom 04.12.2014 getan. Das hat die Antragstellerin auf Nachfrage der Kammer in der mündlichen Verhandlung bestätigt. Dies macht deutlich, dass ihr selbst erst nach Abgabe des Angebots, nämlich während des laufenden Nachprüfungsverfahrens, bewusst geworden ist, dass sich das Prüfzeugnis bereits in den Angebotsunterlagen befand. Wenn schon der Antragstellerin selbst erst sechs Monate nach Abgabe ihres Angebots auffällt, dass das Prüfzeugnis, das sie versehentlich nicht der Pos. 2.4.60 zugeordnet hatte, an anderer Stelle im Angebot enthalten ist, kann der Antragsgegnerin eine derartige intensive Prüfung des Angebots nicht abverlangt werden.

Dafür, dass der Vergabestelle nicht zugemutet werden kann, eine materiell-rechtliche Prüfung aller einem Angebot beigefügten Nachweise vorzunehmen, spricht auch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, 12.9.2012, Verg 108/11 "(...) Ein Nachweis fehlt, wenn er entweder nicht vorgelegt worden ist oder formale Mängel aufweist. Der Auftraggeber ist nicht gefordert, im Rahmen der Prüfung, ob die Angebote formal vollständig sind, eine materiell-rechtliche Prüfung der mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen vorzunehmen."

Von der Antragsgegnerin war daher nicht zu erwarten, dass sie die im Ausschreibungsverfahren erhaltenen Angebote mit der Zielrichtung durchforstet, ob sich in anderen Positionen möglicherweise Nachweise befinden, die inhaltlich zu Pos. 2.4.60 passen. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass das von der Antragstellerin zu Pos. 2.4.60 angegebene Prüfzeugnis vorhanden war und sich auch an der richtigen Stelle befand. Da also zu Pos. 2.4.60 nichts fehlte, hatte die Antragsgegnerin keine Veranlassung, sich das passende Prüfzeugnis aus den beigebrachten Unterlagen zusammenzusuchen.

2.2.3 An dieser Beurteilung ändert auch der Wortlaut von Pos. 2.4.100, für welche das Prüfzeugnis 613 als Nachweis beigefügt war, nichts.

Der Wortlaut von Pos. 2.4.100 "Zulage flächenelastische Prallwandfunktion" lautet: "Zulage zu Pos. 02.04.050 für das Ausrüsten der hallenseitigen Stahl-Glas-Fensterflächen mit flächenelastischer Prallwandfunktion, durch ein anerkanntes



Prüfinstitut geprüft nach dem Anforderungsprofil der BAGUV. Die Gesamtfläche, also Glas- und Rahmenfläche, muss entsprechend nachgiebig ausgebildet sein. (...)"

Der Wortlaut der Pos. 2.4.100 ist nicht eindeutig. Einerseits heißt es, die Pos. 2.4.100 solle eine Zulage zu Pos. 02.04.050 sein (also für die Sporthallen-Rauchschtür), andererseits heißt es, die Pos. 2.4.100 solle als Zulage für das Ausrüsten der hallenseitigen "Stahl-Glas-Fensterflächen", also der Pos. 2.4.90, dienen.

Der Wortlaut des LV ist daher auslegungsbedürftig. Vom objektiven Empfängerhorizont aus betrachtet ist die Pos. 2.4.100 von ihrer textlichen Fassung her ("Stahl-Glas-Fensterflächen") und von ihrer systematischen Stellung im LV her gesehen so zu verstehen, dass die Position 2.4.100 eine Ergänzung für die unmittelbar davor stehende Position 2.4.90 - die Stahl-Glas-Fensterflächen - darstellen soll - ebenso wie Pos. 2.4.60 eine Ergänzung zu der unmittelbar davor stehenden Pos. 2.4.50 darstellt. Dass auch die Antragstellerin das LV so verstanden hat, ergibt sich aus ihrem Angebot. Sie hat die beiden unterschiedlichen Prüfzeugnisse den jeweiligen LV-Positionen zugeordnet - den Prüfbericht 4A der Pos. 2.4.60 und den Prüfbericht 613 der Pos. 2.4.100. Wenn sie davon ausgegangen wäre, dass es sich bei den Pos. 2.4.60 und 2.4.100 um dieselbe Leistung handelte, nämlich eine Zulage für die Pos. 2.4.50, hätte sie direkt im Angebot für beide Positionen dasselbe Produkt und dasselbe Prüfzeugnis benannt. Das hat sie aber nicht getan. Ihr ist erst jetzt, im Nachprüfungsverfahren, aufgefallen, dass das Prüfzeugnis 613 schon ihrem Angebot beigelegt war - wenn auch zu der Pos. 2.4.100. In der mündlichen Verhandlung vom 06.02.2015 hat sich ergeben, dass weder der Antragstellerin noch der Antragsgegnerin bisher aufgefallen war, dass im LV zu Pos. 2.4.100 eine Bezugnahme auf Pos. 2.4.50 statt auf Pos. 2.4.90 steht. Beide haben das LV so verstanden, dass ein Prallschutz für die davorstehende Pos. 2.4.90- die Stahl-Glas-Fensterflächen gefordert war. Damit stimmt das tatsächliche Verständnis der Parteien mit der Auslegung vom objektiven Empfängerhorizont überein.

2.2.4 Die Antragstellerin trägt vor, das schon bei Angebotslegung als Anlage beigelegte Prüfzeugnis 613 sei nur versehentlich nicht der Pos. 2.4.60 zugeordnet worden, der Antragsgegnerin habe bei Würdigung des Angebots auffallen müssen, dass der v.g. Prüfbericht sich auch auf Position 2.4.60 beziehe. Selbst wenn man dieser Argumentation folgte, wäre das Angebot der Antragstellerin § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) von der Wertung auszuschließen. Denn auf der Grundlage des Vortrags der An-

tragstellerin wäre es wie folgt: Das von ihr als Nachweis zu Pos. 2.4.100 im Rahmen des Angebots beigefügte Prüfzeugnis 613 würde - so wie sie selbst es anregt - nicht nur der Pos. 2.4.100 zugeordnet, sondern auch der Pos. 2.4.60.

Bei dieser Fallgestaltung lägen für die Pos. 2.4.60 zwei Prüfzeugnisse vor: zum einen (das dort eingetragene und beigefügte) Zeugnis 4A und zum anderen das (im Nachhinein für diese Position für gültig erklärte) Zeugnis 613. Da das Zeugnis 4A ein Konstrukt "Multiplex/Holz" beinhaltet und der Prüfbericht 613 eine Konstruktion "Stahl/Glas", lägen somit zwei einander widersprechende Nachweise für eine Position vor. In diesem Fall wäre nicht eindeutig zu ermitteln, was genau die Antragstellerin anbietet. Es wäre nicht möglich, ihr Angebot mit einem schlichten "Ja" anzunehmen. Auch ergäben sich spätestens bei der Ausführung des Auftrages auf der Baustelle Unklarheiten darüber, was genau denn nun eingebaut werden soll.

Angebote, die von vornherein in sich widersprüchlich sind, sind gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 b) zwingend von der Wertung auszuschließen (Kulartz/Marx/Portz/Prieß a.a.O, Rn 32 zu § 16 VOB/B). Das ursprünglich abgegebene Angebot selbst muss widerspruchsfrei sein. Anderenfalls wäre auch hier die Annahme des Angebots durch ein einfaches "ja" des öffentlichen Auftraggebers nicht möglich. Kulartz/Marx/Portz/Prieß a.a.O, Rn 88 zu § 13 VOB/A).

Das sich nach Ausfüllung des Leistungsverzeichnisses ergebende Angebot des Bieters muss so klar und eindeutig sein, dass der Auftraggeber durch ein einfaches "Ja" das Angebot annehmen kann, ohne dass Unklarheit über den Auftragsgegenstand herrscht, so [OLG München, 15.11.2007 - Verg 10/07](#)

In diese Richtung geht auch die nachfolgende Rechtsprechung:

OLG Düsseldorf, 28.07.2005 - Verg 45/05 :

["§ 19 Abs. 3 lit. c\) EG VOL/A \(§ 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b\) i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A\)](#) bestimmt darüber hinaus, dass auch Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind, ausgeschlossen werden müssen. Gemäß [§ 19 Abs. 3 lit. d\) EG VOL/A](#) sind Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vertragsunterlagen vorgenommen worden sind, ebenfalls auszuschließen.

Aber auch Angebote, die den Anforderungen nicht entsprechen, sind zwingend auszuschließen. Dazu urteilte das [OLG München, 29.03.2007 - Verg 2/07](#):

"Ein Angebot, das den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht entspricht, ist zwingend auszuschließen. Zwar ist dieser Ausschlussgrund nicht ausdrücklich in der [VOL/A](#) genannt - die Beigeladene nimmt keine Änderungen oder Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen gemäß [§ 25 Nr. 1 Abs. 1 d VOL/A \(2006\)](#) vor -, doch können die sich nicht deckenden Willenserklärungen nicht zu dem beabsichtigten Vertragsschluss führen."

Aus alledem folgt, dass der Antrag in der Sache keinen Erfolg hat.

### III.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben, wobei diese Kosten durch die unterliegende Partei zu tragen sind.

Die Gebühr beträgt mindestens xxxx € und soll gemäß § 128 Abs. 2 GWB den Betrag von xxxxxx € nicht überschreiten. Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. xxxxxx € (für den konkret im Streit stehenden Auftragsteil), beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder xxxxx €. Diese Gebühren sind der Antragstellerin aufzuerlegen.

Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Aufwendungen der Beigeladenen nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt. Die Beigeladene hat hier keinen Antrag gestellt und sich nur hinsichtlich des eigenen Angebots eingelassen. Sie hat damit das Verfahren selbst nicht wesentlich gefördert. Daher werden die ihr entstandenen Kosten der Antragstellerin nicht auferlegt.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet

ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

XXXXXXXXXX

---

XXXXXXXXXXXX