



**Vergabekammer  
bei der Bezirksregierung  
Münster**

**Beschluss**

**Amtlicher Leitsatz**

**Die Änderung von Verdingungsunterlagen gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A kann auch durch die Beifügung von Unterlagen und Begleitschreiben (hier ein nicht geforderter Bauzeitenplan) entstehen, wenn damit von den in den Verdingungsunterlagen vorgegebenen Vorgaben abgewichen wird.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrags zum Neubau einer Brücke im Zuge des Ausbaus der B 67 n

**VK 13/07**

der Firma

**Antragstellerin**

Verfahrensbevollmächtigte

gegen

den

**Antragsgegnerin**

**Beigeladene**

Verfahrensbevollmächtigte

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 10. August 2007 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Schopmeyer

am **15. August 2007** beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf 2800 € festgesetzt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

## Gründe

### I.

Die Antragsgegnerin schrieb den Auftrag zum Neubau von mehreren Brückenbauwerken im Zuge der B 67n in einem offenen Verfahren europaweit aus. Im Streit steht die Brücke über die L 896 bei B., deren geschätzter Auftragswert ca. 1,3 Mio. € beträgt.

Als Zuschlagskriterien nannte die Antragsgegnerin den Preis mit 90 % und den Technischen Wert mit 10%. Im Kriterium Technischer Wert sollten mit jeweils gleicher Gewichtung folgende Unterkriterien berücksichtigt werden: Bauverfahren, Bauablauf, Qualitätssicherung und Geräteeinsatz.

Die Bieter hatten gemäß Ziffer 6 des Anforderungsschreibens mit dem Angebot auf gesonderter Anlage Angaben zum gewählten Bauverfahren, zum vorgesehenen Bauablauf, zu Maßnahmen zur Sicherung der Qualität und zur Art und Anzahl der verwendeten Baugeräte vorzulegen. Die Bewertung dieser Unterlagen sollte über eine Punkteskala von 1 bis 3 Punkten erfolgen, wobei ein Bieter die Höchstpunktzahl erhalten sollte, wenn die Angaben im Angebot eine optimale Erfüllung erwarten ließen.

Ausweislich Ziffer 3 der Allgemeinen Beschreibung der Leistung sollten die Bauarbeiten generell ausgehend von einer 6 Tage Woche abgewickelt werden.

In Ziffer 3.2 heißt es u.a.: „Die Statik mit den Ausführungszeichnungen hat der Auftragnehmer innerhalb von 6 Wochen nach Zuschlagserteilung dem Auftraggeber einzureichen. Der AN hat nach Erhalt der geprüften, statischen Unterlagen für die Unterbauten mit den eigentlichen Brückenbauarbeiten sofort zu beginnen und dann diese innerhalb von 120 Werktagen zu vollenden.“

In Ziffer 4.2 heißt es unter der Überschrift „Ausführungsunterlagen“: „ Es ist ein Bauzeitenplan vom Auftragnehmer vorzulegen. In dem Bauzeitenplan werden während der Baudurchführung die Ist-Leistungen den Soll-Leistungen gegenübergestellt. Eine besondere Vergütung hierfür erfolgt nicht.“

Mit Ablauf der Angebotsfrist am 19.04.2007 lagen der Antragsgegnerin vier Angebote vor. Das Angebot der Antragstellerin lag preislich gesehen auf dem 1. Rang gefolgt von dem Angebot der mit Beschluss vom 04. Juni 2007 Beigeladenen.

Die Antragstellerin fügte ihrem Angebot neben den gemäß der Ausschreibung geforderten Anlagen auch einen Bauzeitenplan bei. Für die Vorarbeiten kalkulierte sie 126 Tage ein, beginnend mit dem Vergabeverfahren am 19.04.2007 (Einreichungstermin) bis zum 19.07.2007 (Zuschlagsfrist). Für die Erstellung der Statik sieht der Bauzeitenplan den Zeitraum vom 20.07. bis zum 07.09.2007 vor, also insgesamt 7 Wochen. Der Beginn der eigentlichen Brückenbauarbeiten ist für den 12.10.2007 vorgesehen und als Termin für die Gesamtfertigstellung benennt der Bauzeitenplan den 11.04.2008 bzw. den 25.04.2007 (Anbringung eines Geländers). Insgesamt geht der Bauzeitenplan von 126 Werktagen für die Vorarbeiten bis zur Zuschlagserteilung und von 151 Werktagen ab Einrichtung der Baustelle bis zum

Gesamtfertigstellungstermin aus, wobei durchgehend eine 5 Tage Woche zugrundegelegt wird.

Auch die Beigeladene, auf deren Angebot die Antragsgegnerin die Erteilung des Zuschlags beabsichtigt, fügte ihrem Angebot einen „Bauzeitenplan“ bei. Dieser enthält aber keine kalendarischen Termine und Zeiträume, sondern nur den durch Balkendarstellungen visualisierten Bauablauf.

Den Angeboten der anderen beiden Bieter lagen keine Bauzeitenpläne bei.

Die Antragsgegnerin schloss das Angebot der Antragstellerin ausweislich des Vergabevermerks aus, weil laut dem eingereichtem Bauzeitenplan der Bieter beabsichtige, erst am 20.07.2007 (Ablauf der Zuschlagsfrist am 19.07.2007) mit der Erstellung der Ausführungsunterlagen zu beginnen und die Bauleistung nach Freigabe durch den Prüfeningenieur dann innerhalb von 139 Arbeitstagen fertig zu stellen (der Samstag ist nicht als Arbeitstag vorgesehen), obwohl die Arbeiten innerhalb von 120 Werktagen fertig zustellen seien. Das Angebot der Antragstellerin stimme somit nicht mit der geforderten Leistung überein und werde daher von der weiteren Prüfung ausgeschlossen.

Mit Schreiben vom 09.05.2007 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) iVm § 21 Nr. 1 Abs 2 VOB/A mit folgender Begründung ausgeschlossen werde:

1. Ihr Angebot sieht eine Bauzeit von mehr als 120 Werktagen ab der Freigabe der Ausführungsunterlagen vor und berücksichtigt nur eine 5 Tageweche statt der vorgegebenen 6 Tageweche. Hierdurch erfolgt eine spätere Fertigstellung der Baumaßnahme.
2. Ihr Angebot sieht den Beginn der Baumaßnahme erst nach Ende der Zuschlagsfrist vor. Der AG behält sich jedoch vor, den Auftrag vor Ablauf der Zuschlagsfrist zu erteilen. Entsprechend der Baubeschreibung Ziffer 3.2 hat der AN sofort nach Zuschlagserteilung mit der Erstellung der Ausführungsunterlagen zu beginnen.

Mit Schreiben vom 15.05.2007 rügte die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebots und beantragte die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mit Schreiben vom 24.05.2007.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, der Ausschluss ihres Angebots aufgrund des lediglich prophylaktisch mit dem Angebot eingereichten Bauzeitenplans sei vergaberechtswidrig.

Sie habe den Plan beigefügt, da Herr E., ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin bei der Einweisung der K ihn darauf hingewiesen habe, dass andere Bieter bei eu-weiten Ausschreibungen Bauzeitenpläne vorlegen. Dieses Gespräch habe nach der Zusendung der Ausschreibungsunterlagen, aber vor Angebotsabgabe der im Streit stehenden Vergabe stattgefunden, aber keinen Bezug zu der konkreten Ausschreibung gehabt.

Bei sämtlichen anderen Auftragsverhältnissen mit der Antragsgegnerin habe sie immer erst nach Vertragsschluss einen Bauzeitenplan vorgelegt. Daraus könne man

ersehen, so meint die Antragstellerin, dass sie den Bauzeitenplan eben nicht mit Rechtsbindungswillen gegenüber der Antragsgegnerin abgegeben habe.

Dies ergebe sich auch daraus, so führt die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung aus, dass die Beifügung des Bauzeitenplanes nur als Anlage zu dem Unterkriterium „Bauablauf“ erfolgt sei. Daraus könne man schließen, dass diese „Anlage“ eben keinen rechtsverbindlichen, sondern nur erläuternden Inhalt zu dem Unterkriterium haben sollte.

In dem Bauzeitenplan habe sie auch nur frei gegriffene Zeiten eingesetzt. Das hänge damit zusammen, dass Bauzeitenpläne regelmäßig über ein entsprechendes Microsoft-Programm erstellt würden und dies zwingend voraussetze, dass ein Anfangszeitpunkt eingestellt werde. Aus technischen Gründen gehe das Programm auch stets von einer 5 Tage Woche aus, die von montags bis freitags dauere. Als Anfangszeit hätte sie den 19.04.2007 eingesetzt, ohne dass dieser Termin irgendeinen Belang habe. Auch hätte sie im Übrigen innerhalb der Frist von 120 Werktagen das Werk ordnungsgemäß vollendet und dabei den allgemeinen Bautarifvertrag beachtet. Der mit dem Angebot überreichte Bauzeitenplan sei nur als Bauablaufplan gedacht gewesen und keinesfalls als verbindlicher Plan mit einzelnen Zwischenfristen.

Die Antragstellerin meint, der Bauzeitenplan wäre in keiner Weise Vertragsbestandteil geworden, so dass der Ausschluss ihres Angebots mangels Ausschlussgründen unzulässig gewesen sei. Im Wege der Auslegung des Angebotes müsse man zwingend dazu kommen, dass eben keine Vertragsfristen im Bauzeitenplan angegeben wurden, sondern diese dort genannten Daten lediglich fiktiv waren. Dies sei für die Antragsgegnerin auch erkennbar gewesen.

Die Antragstellerin trägt vor, sie habe somit auch keineswegs Veränderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen, und insbesondere nicht die Leistungsbeschreibung in irgendeiner Weise abgeändert. Denn der Bauzeitenplan habe lediglich orientierenden Charakter gehabt und werde eben nicht Vertragsinhalt.

Die Antragstellerin weist darauf hin, dass sich auch aus der hypothetisch erstellten Wertungsskala lediglich eine geringe Differenz zwischen ihrem Angebot und dem Angebot der Beigeladenen ergebe. Während sie bei der preislichen Wertung (90%) 905 Punkte erreichte, liege im Bereich der sogenannten weichen Faktoren, und zwar dem technischen Wert (10%), das Angebot der Beigeladenen vorne.

Die Antragstellerin meint, dass bei der Bewertung der vier Unterkriterien im Bereich technischer Wert wohl eine Beurteilung zu ihrem Nachteil vorgenommen worden sei. So habe sie im Hinblick auf das Bauverfahren detaillierte und für den fachkundigen Leser ausreichende Angaben zur gewählten Ortbetonbauweise gemacht. Gleiches gelte für die Angaben zum Bauverfahren, zumal das Nachunternehmen W. den Bauablauf im Einzelnen geschildert habe. Hinsichtlich der Qualitätssicherung habe sie ausreichend und umfassend die Art und Weise der Qualitätssicherung dargestellt.

Die Bewertung des Unterkriteriums Geräteinsatz belege ebenfalls die im Vergleich zur Beigeladenen unzutreffende Bewertung mit jeweils 2 Punkten, obwohl die Beigeladene eine Zuordnung der aufgeführten Geräte zum Bauvorhaben nicht

vornehme, während sie jedenfalls allgemeine Angaben gemacht habe. Bei richtiger Bewertung hätte sie hier 3 Punkte erhalten müssen.

In diesem Zusammenhang weist die Antragstellerin auf die Unterlagen zum Bauvorhaben K hin, die mit den hier in Rede stehenden Unterlagen identisch gewesen seien. Diese Unterlagen hätten aber in dem Verfahren zum Zuschlag zu ihren Gunsten geführt.

Mit Schriftsatz vom 08.08.2007 legte die Antragstellerin einen überarbeiteten Bauzeitenplan vor, aus dem ersichtlich ist, dass sie in der Lage ist, das Bauvorhaben innerhalb von 120 Werktagen fertig zu stellen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, der Antragstellerin auf ihr Angebot vom 19.04.2007 den Zuschlag zu erteilen.

Hilfsweise:

- a) Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren nicht weiter zu führen; die Erteilung des Zuschlags wird ihr untersagt.
  - b) Die Antragsgegnerin wird angewiesen, das Angebot der Antragstellerin vom 19.04.2007 nicht auszuschließen.
2. Der Antragsgegnerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen auferlegt, wobei festgestellt wird, dass die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragstellerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hält den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin aufgrund des beigefügten Bauzeitenplanes für vergabegemäß.

Die Antragsgegnerin behauptet, sie habe der Antragstellerin bezogen auf die im Streit stehende Baumaßnahme nicht angeraten, einen Bauzeitenplan einzureichen, sondern Herr E. habe lediglich anlässlich der Einweisung der K mit der Antragstellerin darüber gesprochen, dass andere Bieter bei euweiten Ausschreibungen Bauzeitenpläne vorlegen.

Die Antragsgegnerin meint, dass das Angebot der Antragstellerin zwingend gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A von der Wertung auszuschließen sei, weil sie Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen habe, nämlich Änderungen an den in der Leistungsbeschreibung zum Ausdruck gekommenen Leistungswünschen und Vorstellungen der Antragsgegnerin bezüglich der Ausführung der zu beauftragenden Arbeiten. Sie ist der Ansicht, durch den vorgelegten Bauzeitenplan habe die Antragstellerin verbindlich Vertragsfristen vorgegeben. Dies gelte jedenfalls für den sogar datumsmäßig beschriebenen Anfangstermin und den Endtermin.

Ferner habe die Antragstellerin entgegen Ziffer 3.2 der Leistungsbeschreibung die Leistung nicht in 120 Werktagen, sondern in 146 Werktagen angeboten, da sie eine

5 Tage Woche zugrunde gelegt habe. Die Antragsgegnerin verweist auf ihre Leistungsbeschreibung, wonach generell von einer 6 Tage Woche auszugehen sei, was zulässig sei, ohne dass gegen die Tariftreue oder den Bautarifvertrag verstoßen werde.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass die Antragstellerin durch den vorgelegten Ablaufplan die Konditionen im Leistungsverzeichnis abgeändert habe, da sie für samstags, obwohl dieser Tag sowohl nach der VOB als auch nach den Leistungsbedingungen unmissverständlich einen Werktag darstelle, keine Werkleistungen vorsehe.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, die Auffassung der Antragstellerin - eine Verpflichtung zur Vorlage eines Bauzeitenplanes habe nicht vorgelegen; der dennoch vorgelegte Plan sei deshalb unerheblich- treffe so nicht zu. Denn die Auslegung einer Willenserklärung habe vom Empfängerhorizont zu erfolgen, so dass der Bauzeitenplan nur so –wie geschehen- gewertet werden konnte. Im Übrigen trägt die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vor, dass sie zur Zeit mehrere Baumaßnahmen durchführe, in denen es genau auf die Daten in einem Bauzeitenplan ankomme und die Vertragspartner die Erstattung von Mehraufwendungen von ihr verlangen, weil die Vorgaben im Bauzeitenplan nicht eingehalten werden konnten.

Rein vorsorglich, so trägt die Antragsgegnerin vor, habe sie geprüft, ob der Antragstellerin, falls ihr Angebot in der Wertung geblieben wäre, ein Schaden entstanden sei. Das wäre nicht der Fall gewesen, weil dieses Angebot unter Berücksichtigung der Wertungskriterien – Preis und technischer Wert- nur das zweitwirtschaftlichste Angebot gewesen wäre.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, es sei unerheblich, dass die Antragstellerin bei anderen Aufträgen erst nach Vertragsschluss einen Bauzeitenplan vorgelegt habe. Entscheidend sei, dass für den Vertragsschluss zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen müssten.

Im Übrigen vertritt die Antragsgegnerin die Auffassung, dass die Ausführungen der Antragstellerin zu ihrer Bewertung neben der Sache liegen. Die Kriterien und ihre Gewichtung seien vorab bekannt gewesen; Ermessensfehler im Rahmen der Bewertung seien nicht nachweisbar. Auch brauche man keine Vergleiche zu dem Vergabeverfahren K ziehen, weil jenes Angebot der Antragstellerin nicht Gegenstand der vorliegenden Bewertung sei.

**Die Beigeladene** vertritt die Auffassung, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht nicht berücksichtigt wurde, da sie die in den Verdingungsunterlagen gestellten Bedingungen nicht erfülle. Die Antragstellerin habe die vorgegebene Frist von 120 Werktagen nicht eingehalten. Der Grund hierfür sei unerheblich. Auch komme es nicht nur auf das niedrigste Angebot an, sondern vielmehr müsse auch die Wirtschaftlichkeit der Angebote geprüft werden.

Die Beigeladene beantragt,  
die Anträge aus der Antragschrift vom 24.05.2007 zurückzuweisen.

Am 10.08.2007 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 24.08.2007 verlängert. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB, da der Landesbetrieb Straßenbau NRW dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen ist und die hier zuständige Niederlassung ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster (vgl. § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NRW) hat.

Der geschätzte Auftragswert für die ausgeschriebene Gesamtbaumaßnahme liegt bei ca. 20,4 Mio. €, wobei sich der Auftragswert des hier im Streit stehenden Brückenbauwerks auf über 1,0 Mio. € beläuft, so dass der nach § 2 Abs. 4 und 7 VgV erforderliche Schwellenwert überschritten wird.

Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen. Die Unternehmen haben gemäß § 97 Abs. 7 GWB Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Ein Vergaberechtsverstoß, der die Rechte der Antragstellerin verletzt, liegt hier nicht vor.

1 Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich aus § 107 Abs. 2 GWB.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, ist das Interesse am Auftrag weit auszulegen. Es liegt in der Regel vor, wenn der Bieter vor Stellung des Nachprüfungsantrages am Vergabeverfahren teilgenommen und einen Vergabeverstoß ordnungsgemäß gerügt hat. Nach § 107 Abs. 2 GWB ist ferner darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Der in dieser Vorschrift verwendete Schadensbegriff muss unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes betrachtet und ausgelegt werden. Entscheidend für das Vorliegen einer Antragsbefugnis und damit für die Gewährung von Primärrechtsschutz ist mithin die Eignung der gerügten Vergaberechtsverstöße, eine solche Chancenbeeinträchtigung begründen zu können. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Antragsteller im Sinne einer darzulegenden Kausalität nachweisen kann, dass er bei korrekter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte.

Legt man dieses Verständnis zugrunde, so ist jedenfalls der Antragstellerin die Antragsbefugnis nicht abzusprechen. Ob sie tatsächlich im Sinne des § 114 Abs. 1 GWB in ihren Rechten verletzt ist, bleibt der Begründetheitsprüfung vorbehalten.

b) Die Antragstellerin hat auch unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 GWB den Ausschluss ihres Angebotes von der Wertung gerügt und verfolgt die dort vorgetragenen Gründe im Nachprüfungsverfahren weiter.

2. Der Nachprüfungsantrag ist aber unbegründet, weil die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zu Recht gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A von der Wertung ausgeschlossen hat.

Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A sind Angebote auszuschließen, wenn sie nicht dem § 21 Nr. 1 Abs. 1 bis 3 entsprechen. Nach § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A n.F. sind Änderungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig.

a) Nach Auffassung des BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 85/97 soll § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A (a.F.) sicherstellen, dass das Angebot den ausgeschriebenen Leistungen und den sonstigen Verdingungsunterlagen entspricht. Es geht nicht allein darum, dass der Auftraggeber eigenverantwortlich bestimmt, zu welchen Bedingungen er den Vertrag abschließen möchte, sondern auch darum, dass die übrigen Teilnehmer an der Ausschreibung nicht durch eine Änderung der Verdingungsunterlagen durch einen Mitbieter einen Wettbewerbsnachteil erleiden. Nur ein solches Verständnis wird dem Normzweck der genannten Vorschriften gerecht, der die Abgabe durchsichtiger, in den ausgewiesenen Leistungsmerkmalen identischer und miteinander ohne weiteres vergleichbarer Angebote sicherstellen und damit einen fairen Wettbewerb gewährleisten soll.

Änderungen an den Verdingungsunterlagen können in Streichungen oder Ergänzungen bestehen, aber auch in der Abänderung der zu erbringenden Leistung (Heiermann/Riedl/Rusam, Kommentar zur VOB, 10. Auflage, § 21 Rn. 11). Eine Änderung der Verdingungsunterlagen liegt auch vor, wenn der Bieter die zu erbringende Leistung abändert und eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbietet, OLG Düsseldorf, 20.05.2005, Verg 19/05, wobei die Änderungen an den Verdingungsunterlagen auch durch die Beifügung von Unterlagen und Begleitschreiben entstehen können, die von den in den Verdingungsunterlagen vorgegebenen Vorgaben abweichen, so VK Bund, 21.04.2004, VK 1-45/04; VK Brandenburg, 25.02.2005, VK 6/05.

Vor diesem Hintergrund war der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin vergaberechtlich gerechtfertigt. Die Antragstellerin hat durch die Beifügung des Bauzeitenplans die Vorgaben der Leistungsbeschreibung abgeändert.

Ausweislich des Bauzeitenplans wurden für die Erstellung der Brücke 146 Werkzeuge bzw. unter Einbeziehung der Baustelleneinrichtung 151 Werkzeuge angeboten, obwohl in Ziffer 3.2 der Leistungsbeschreibung die eigentlichen Brückenbauarbeiten in 120 Werktagen ab Erhalt der statischen Unterlagen zu erbringen waren. Dabei spielt es keine Rolle, ob der von der Antragstellerin genannte zeitliche Aufwand nur unerheblich von den geforderten 120 Werktagen abweicht, weil allein die Abweichung entscheidend ist, nicht die Bedeutung oder der Umfang dieser Abweichung.

Die Antragstellerin hat zudem eine 5 Tage Woche zugrunde gelegt und damit die Anforderung in den Verdingungsunterlagen, dass generell von einer 6 Tage Woche auszugehen ist, nicht beachtet. Eine Umrechnung der im Bauzeitenplan angegebenen Werkzeuge auf eine 6 Tage Woche, die zu einer Verringerung der im Plan angegebenen Werkzeuge führen würde, ist auch deshalb nicht zulässig, weil damit die im Bauzeitenplan konkret angegebenen Anfangs- und Endtermine für die Durchführung der einzelnen Gewerke zwangsläufig abgeändert würden.

Den Argumenten der Antragstellerin, dass das für die Erstellung des Bauzeitenplans eingesetzte PC Programm bestimmte Angaben erfordere und insbesondere stets von einer 5 Tage Woche ausgehe und nur mit der Einsetzung eines Anfangstermins gestartet werden könne, kann nicht gefolgt werden. Wenn ein PC- Programm bestimmte Anforderungen nicht erfüllt, so muss die Unterlage eben ohne dieses Programm erstellt werden. Im vorliegenden Fall hätte die Antragstellerin den Bauzeitenplan gegebenenfalls handschriftlich fertigen müssen, um so die Vorgaben der Verdingungsunterlagen zu erfüllen. Nicht die EDV-technischen Möglichkeiten, sondern die Anforderungen in den Verdingungsunterlagen sind entscheidend.

Auch die Erstellung der Statik, die laut Leistungsbeschreibung als Ausführungsunterlage innerhalb von 6 Wochen nach Zuschlagserteilung vorzulegen war, wird im Bauzeitenplan mit 7 Wochen (20.07.bis 07.09.2007) einkalkuliert, wobei der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung unberücksichtigt bleibt.

In den Verdingungsunterlagen hatte die Antragsgegnerin ausdrücklich bestimmt, dass die Statik mit den Ausführungszeichnungen innerhalb von 6 Wochen nach der Zuschlagserteilung einzureichen war. Die Wertung war spätestens am 09.05.2007 abgeschlossen, so dass der Zuschlag am 23.05.2007 hätte erteilt werden können. Danach hätte die Statik vom Auftragnehmer am 04.07.2007 eingereicht werden müssen. Die Antragstellerin hätte sich aber gegebenenfalls auf den in ihrem Bauzeitenplan genannten Einreichungstermin, und zwar den 07.09.2007, berufen können. Auch dies zeigt, dass die Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin zu vertraglichen Diskrepanzen führen konnte, weil die in den Verdingungsunterlagen genannten Vorgaben nicht eingehalten wurden.

Weiterhin ist es nicht ausgeschlossen, dass die in einem Bauzeitenplan enthaltenen Einzelfristen als Vertragsfristen nach § 5 Nr. 1 VOB/B gelten könnten und die Ausführung dann verbindlich nach diesen Fristen zu erfolgen hat.

Dabei lässt es die Kammer dahingestellt, ob es sich bei den vorstehenden Änderungen um wesentliche Änderungen handelt. Denn es kommt nicht auf die Bedeutung und Abweichung und die wirtschaftlichen oder technischen Auswirkungen an. Vielmehr ist unabhängig vom Umfang und der Intensität der festgestellten Abweichungen eine Änderung der Verdingungsunterlagen gegeben, OLG Düsseldorf, 15.12.2004, Verg 47/04; VK Münster, 20.04.2005, VK 6/05.

b) Die Vergabekammer verkennt nicht, dass die Antragstellerin bei alledem stets davon ausgegangen ist, dass die Beifügung eines Bauzeitenplans ausweislich der Verdingungsunterlagen nicht zwingend erforderlich war und sie diesen lediglich zu Orientierungszwecken und aufgrund der Hinweise eines Mitarbeiters der Antragsgegnerin in einem anderen Vergabeverfahren beigefügt hat. Aus diesen Begleitumständen kann aber bei einer öffentlichen Vergabe nichts zugunsten der Antragstellerin hergeleitet werden.

Die Antragstellerin hat unmissverständlich zur Überzeugung der Vergabekammer glaubhaft gemacht, dass der beigefügte Bauzeitenplan aus ihrer Sicht keine inhaltliche Relevanz hatte und insbesondere nicht Vertragsinhalt werden sollte, sondern quasi eine Machbarkeitsstudie mit fiktiv eingetragenen Daten darstellte. Insofern war er lediglich zur Orientierung gedacht. Allerdings verkennt die

Antragstellerin insoweit, dass dann, wenn der Zuschlag auf ihr Angebot erteilt werden sollte, auch der Bauzeitenplan Inhalt des Vertrages würde. Weder der Bieter noch die Vergabestelle dürfen nach Abgabe eines Angebotes dieses verändern. Der Zuschlag kann nur auf ein Angebot erteilt werden, so wie es abgegeben wurde. Nach Ablauf der Angebotsabgabefrist ist ein Angebot bindend (§ 18 Nr. 3 VOB/A) und kann weder von der Antragstellerin inhaltlich abgeändert oder ergänzt werden noch darf die Antragsgegnerin eine solche Angebotsänderung gestatten (§ 24 Nr. 3 VOB/A), OLG Düsseldorf, 05.05.2004, Verg 10/04.

Auch durch die Auslegung des Angebotes kann man nicht zu einem anderen Ergebnis kommen. Angebote sind Willenserklärungen und gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen. Allerdings beginnt die Auslegung mit dem Wortlaut der Willenserklärung. Ist der Wortlaut mehrdeutig, stellt sich die Frage nach dem Sinn und Zweck der Äußerung. Der Wortlaut ist aber nicht mehrdeutig oder zweifelhaft, sondern die im Bauzeitenplan eingetragenen Daten sind präzise und genau. Bereits auf der ersten Stufe der Auslegung kommt man zu dem Ergebnis, dass der Wortlaut unmissverständlich ist.

Darüber hinaus geht es hier nicht nur um die Erklärung der Antragstellerin, sondern um die Auslegung des zukünftigen Vertrages, auch wenn dieser noch nicht geschlossen ist. Hier steht bereits fest, dass die Willenserklärungen der Antragstellerin im Bauzeitenplan mit den Willenserklärungen der Antragsgegnerin in den Verdingungsunterlagen nicht deckungsgleich sein werden.

Die Antragstellerin kann auch nicht mit dem Argument gehört werden, dass der Bauzeitenplan lediglich als Anlage zu dem Unterkriterium „Bauablauf“ beigefügt worden sei. Denn auch dem Angebot beigefügte Anlagen oder Begleitschreiben, die inhaltliche Aussagen machen, welche den Verdingungsunterlagen widersprechen, bedingen eine Änderung der Leistungsbeschreibung.

Erklärungen, die den Verdingungsunterlagen widersprechen, stellen Abänderungen dar, die vertragsrechtlich zu Problemen führen können. Diese Situation ist vergleichbar mit der unaufgeforderten Beifügung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, die unabhängig davon, ob sie den Verdingungsunterlagen widersprechen oder einen bestimmten Rechtsbindungswillen erkennen lassen, zum Ausschluss des Angebots eines Bieters führen. Schließlich bliebe es einem Bieter unbelassen, sich auf diese Vorgaben gegenüber der Vergabestelle zu berufen, ohne dass die Vergabestelle dem widersprechen könnte. Denn mit Erteilung des Zuschlags ist das Angebot – so wie vorgelegt – akzeptiert und damit Vertragsinhalt. Auf diese Folgen hat die Antragsgegnerin zu Recht auch in der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

Auch diese Konsequenzen sollen durch die Anwendung des § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A verhindert werden. Es ist ein anerkennenswertes Auftraggeberinteresse zu verhindern, dass über die Geltung von Vertragsbedingungen nachträglich Streit entsteht bzw. von vornherein einen solchen Streit dadurch zu unterbinden, dass ergänzende Bedingungen als Abweichung von den Verdingungsunterlagen behandelt werden, VK Brandenburg, 25.02.2005, VK 6/05, VK Bund, 21.04.2004, VK 1-45/04.

c) Die einem Angebot beigelegten Unterlagen, wie hier der Bauzeitenplan – auch wenn diese nicht verlangt wurden- können eben sowenig nachträglich wieder entnommen werden oder im Wege von Aufklärungsgesprächen „richtig“ gestellt werden.

Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Bauzeitenplan dem Angebot der Antragstellerin beilag und im Submissionstermin gemäß § 22 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet, hier gestanzt, wurde. Ein derartig gekennzeichnetes Angebot ist eine Einheit und die dort erklärten Inhalte werden verbindlich, wenn auf dieses Angebot der Zuschlag erteilt wird. Gekennzeichnete Unterlagen sind zwingend Teile des Angebots.

Gleiches gilt für Aufklärungsgespräche mit den Bietern. Gemäß § 24 Nr. 3 VOB/A sind Verhandlungen über Änderungen in den Angeboten unstatthaft. Ein bereits als Teil eines Angebots gekennzeichnete Bauzeitenplan kann deshalb auch durch Gespräche mit der Vergabestelle nicht mehr „geändert“ oder als nicht relevant erklärt werden.

Vor diesem Hintergrund kann der mit Schriftsatz vom 08.08.2007 ordnungsgemäße Bauzeitenplan nunmehr auch nicht mehr berücksichtigt werden, weil dieser nicht Teil des Angebotes war.

d) Die Antragstellerin kann sich hier auch nicht darauf berufen, dass sie den Bauzeitenplan aufgrund des Hinweises eines Mitarbeiters der Antragsgegnerin eingereicht hat. Einerseits ist dieser Hinweis anlässlich eines anderen Vergabeverfahrens erfolgt, und eben nicht in Bezug auf die im Streit stehende Ausschreibung.

Andererseits ist dieser Bauzeitenplan auch nach dem Vortrag der Antragstellerin von dem Mitarbeiter nicht ausdrücklich verlangt worden. Im Übrigen hätte dann aber, und dies muss allein dem Risikobereich der Antragstellerin zugerechnet werden, der Bauzeitenplan ordnungsgemäß sein müssen. Dem Bauzeitenplan hätte eine 6 Tage Woche zugrundegelegt und der Beginn der Arbeiten hätte in Bezug zur Zuschlagsfrist gestellt werden müssen.

Gleiches gilt für die Einlassung der Antragstellerin, der Mitarbeiter hätte ihr in Bezug auf das Zuschlagskriterium „technischer Wert“ erklärt, dieser würde dadurch steigen. Auch hier gilt, dass ein derartiger Plan nur dann im Rahmen der Wertung berücksichtigt werden kann, wenn dieser die Vorgaben der Verdingungsunterlagen tatsächlich berücksichtigt.

e) Klarstellend weist die Kammer darauf hin, dass das Angebot der Beigeladenen einen Bauablaufplan ohne Daten enthält und lediglich Zeiträume durch Balken darstellt. Insofern werden keine Inhalte seitens der Beigeladenen vermittelt, die dem Leistungsverzeichnis widersprechen.

Im Ergebnis ist die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin von der Wertung gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A auszuschließen, vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

3. Da der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A zwingend erforderlich war, kam eine Einbeziehung dieses Angebotes in die weiteren Wertungsstufen nicht mehr in Betracht. Die von der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren vorgenommene Wertung des Angebots der Antragstellerin durch Anwendung der Zuschlagskriterien war deshalb hier ohne Belang. Der inhaltliche Vergleich mit dem Angebot der Beigeladenen hinsichtlich der Bewertung der Unterkriterien zu dem Zuschlagskriterium „Technischer Wert“, sowie die konkrete Vergabe der Punktwerte konnte somit nicht mehr Gegenstand der Nachprüfung sein.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 und Abs. 2 GWB, wonach die unterliegende Partei die Gebühren der Vergabekammer zu tragen hat. Die Vergabekammern des Bundes haben im Einvernehmen mit den Vergabekammern der Länder eine Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt.

Ausgehend von dem Bruttoangebotspreis aus dem Angebot der Antragstellerin beträgt die Gebühr 2800 €. Die Antragstellerin als unterliegende Partei hat diese Gebühr zu tragen.

Die Beigeladene hat ihre Kosten selbst zu tragen. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, u.a. Beschluss vom 30.08.2005, Verg 61/03, die die Vergabekammer für zutreffend hält, können im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer – anders als im Beschwerdeverfahren – dem erfolglosen Antragsteller die Kosten des Beigeladenen auferlegt werden, wenn sich der unterliegende Antragsteller mit seinem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Beigeladenen begeben hat und der Beigeladene sich darüber hinaus aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, indem er erfolgreich Anträge nebst Begründungen gestellt oder das Verfahren sonst wesentlich gefördert hat.

Die Beigeladene hat hier zwar einen Antrag auf Zurückweisung in der mündlichen Verhandlung gestellt, aber die Antragstellerin hat das Angebot der Beigeladenen überhaupt nicht angegriffen. Das Angebot der Beigeladenen war nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens. Vielmehr ging es der Antragstellerin nur um die Berücksichtigung des eigenen Angebotes, das aus ihrer Sicht, vergaberechtswidrig von der Antragsgegnerin ausgeschlossen wurde. Bei dieser Sachlage kann ein Interessengegensatz zur Position der Beigeladenen nicht erkannt werden.

### **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

einulegen. 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.

---

Diemon-Wies

---

Stolz

---

Schopmeyer