



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

xxx
vertreten durch die xxx,
diese vertreten durch ihre Geschäftsführer xxx
xxx

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
xxx;

gegen

xxx,

- Antragsgegner -

unter Beteiligung der

xx vertreten durch ihre Geschäftsführer xxx

- Beigeladene -

wegen des Bauauftrags xxx

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. April 2009 durch den Vorsitzenden xxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxx sowie den ehrenamtlichen Beisitzer xxx am 20. April 2009 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragsstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
4. Die Kosten der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) werden auf 3800 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb im Oktober 2008 den Bauauftrag xxx im offenen Verfahren europaweit aus. Ziel des Auftrags war die Rekonstruktion der Elektroanlagen in einzelnen Stationsräumen bei laufendem Krankenhausbetrieb.

In den Verdingungsunterlagen heißt es auf Seite 18 des Leistungsverzeichnisses zur einzu-richtenden Mittelspannungsanlage:

„Es ist eine typgeprüfte Mittelspannungsschaltanlage mit einer Störlichtbogenqualifikation entsprechend der neuen DIN EN 62271-200 (VDE 0671-200) unter Einhaltung der Berliner Anforderungen des VNB Vattenfall Europe anzubieten. Diese Mittelspannungsanlage muss für die Aufstellung in Räumen mit einer Raumhöhe von 2,53 m geeignet sein.“

Da die Schaltanlage in eine vorhandene Altbausubstanz einzuordnen ist und bauliche Maßnahmen zur Druckbeherrschung des Stationsraums nicht realisierbar sind, muss die Anlage mit einer Vorrichtung zur Unterdrückung eines individuell auftretenden Störlichtbogens bzw. mit einem Druckreduktionssystem ausgerüstet sein. Ein Druckanstieg bzw. -welle bei auftretendem Störlichtbogen ist zu verhindern bzw. auf ein Minimum soweit zu reduzieren, dass die Sicherheit für den Bediensteten gewährleistet ist und auf Druckausgleichsöffnungen im Stationsraum weitestgehend verzichtet werden kann.“

Die lichten Raumhöhen ab Oberkantefertigfußboden (OKF) Doppelboden sind im Leistungsverzeichnis wie folgt beschrieben:

- | | |
|----------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| 2,53 m – | vergleiche technische Erläuterung LV-Seite 6, LV-Pos. 01.001 Seite 10, Station SL 30 |
| 2,53 m – | vergleiche technische Erläuterung LV-Seite 165, LV-Pos. 02.001 Station SL 31 |
| 2,66 m – | vergleiche technische Erläuterung LV-Seite 168, Station SL 30 |
| 2,53 m – | vergleiche technische Erläuterung LV-Seite 281, LV-Pos. 03.001 Station SL 32 |
| 2,62 m – | vergleiche technische Erläuterung LV-Seite 284, Station SL 32 |

2,53 m –	vergleiche technische Erläuterung LV-Seite 399, LV-Pos. 04.001 Seite 10, Station SL 33
2,40 m –	vergleiche technische Erläuterung LV-Seite 402, Station SL 33
2,53 m –	vergleiche technische Erläuterung LV-Seite 517, LV-Pos. 05.001 Station SL 34
2,50 m –	vergleiche technische Erläuterung LV-Seite 520, LV-Pos. Station SL 34
2,53 m –	vergleiche technische Erläuterung LV-Seite 629, LV-Pos. 06.001 Station SL 35
2,67 m –	vergleiche technische Erläuterung LV-Seite 632, SL 35

Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien

- Preis. Gewichtung: 50%
- Technischer Wert. Gewichtung: 20%
- Vertragsbedingungen. Gewichtung: 20%
- Folgekosten. Gewichtung: 10%

erfolgen.

Die Antragsstellerin hat form- und fristgerecht die Leistung unter Einsatz des Schaltanlagen-typs ZS 8 der ABB AG angeboten. Ihre Angebotssumme beläuft sich auf xxx EUR brutto.

Die insgesamt fünf eingegangenen Angebote hat der Antragsgegner am 20.11.2008 geöffnet. Nach der Submissionsliste hat die Antragsstellerin das günstigste Angebot abgegeben. Das Angebot einer weiteren Bieterin lag mit xxx EUR brutto auf dem zweiten Rang. Das Angebot der Beigeladenen schloss mit einer Angebotssumme von xxx EUR brutto an dritter Rangstelle.

Mit standardisiertem „Informations- und Absageschreiben“ vom 6.1.2009 teilte der Antragsgegner der Antragsstellerin mit, ihr Angebot werde ausgeschlossen, weil es nicht alle in den Verdingungsunterlagen gestellten Bedingungen erfülle. Zur Erläuterung ergänzte er, die angebotene Mittelspannungsanlage sei aufgrund der zur Verfügung stehenden Raumhöhen nicht einsetzbar. Die Raumhöhen seien im Leistungsverzeichnis explizit für jede Trafostation ausgewiesen. Der Antragsgegner beabsichtige, den Zuschlag am 6.2.2009 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Mit Schreiben vom 15.1.2009 rügte die Antragsstellerin das Vorgehen des Antragsgegners: Die durch sie angebotene MS-Anlage (Typ ZS 8) mit Druckentlastungskanal könne ab einer Raumhöhe von 230 cm eingesetzt werden.

Der Antragsgegner half der Rüge mit dem Schreiben vom 21.1.2009 nicht ab. Zur Begründung führte er aus, es gebe die Schaltanlage mit der Typenbezeichnung ZS 8 in mehreren Varianten; im Angebot der Antragsstellerin fehle die genaue Typenbezeichnung gemäß DIN

EN 62271-200 (DIN VDE 0671-200). Darüber hinaus mangle es an einem Hinweis auf den Einsatz eines Druckentlastungskanals und der dazugehörigen Lösung. Eine Typenprüfung von des Berliner Versorgungsnetzbetreibers (VNB) Vattenfall gebe es nur für den Typ ZS 8 ohne Druckentlastungskanal, der eine Deckenhöhe von 270 cm erfordere. Dagegen liege eine Typenprüfung für den Typ ZS 8 mit Druckentlastungskanal nicht vor. Diese sei erst am 14.1.2009 und damit nach dem Submissionstermin beim VNB Vattenfall beantragt worden. Eine Mittelspannungsschaltanlage mit Druckentlastungskanal mache zudem nicht realisierbare Veränderungen an den Räumlichkeiten der zukünftigen Transformatorenstationen notwendig.

Mit Schreiben vom 2.2.2009 entgegnete die Antragsstellerin, es handele sich bei der Bezeichnung „Typ ZS 8“ um eine auf dem Markt etablierte Schaltanlage. Seit dem Jahr 1996 sei sie nur als Typ ZS 8.4 erhältlich. Aufgrund der vorgegebenen Deckenhöhe unter 270 cm sei bei dem Anlagentyp ZS 8 nur die Variante mit Druckentlastungskanal möglich. Eine fehlende bauliche Realisierbarkeit könne ohne Ortsbesichtigung nicht angezeigt werden und das Angebot der Antragstellerin daher nicht ohne Weiteres verworfen werden. Ein Druckanstieg bei auftretenden Störlichtbögen lasse sich nur durch einen Druckentlastungskanal verhindern, da dieser den Druck aufnehme und ins Freie leite. Ein genereller Druckanstieg im Schaltfeld lasse sich im Übrigen nicht vermeiden.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 3.3.2009 begehrt die Antragsstellerin die Nachprüfung des Verfahrens. Sie ist der Ansicht, die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene sei vergaberechtswidrig, weil ihr Angebot die in den Verdingungsunterlagen gestellten Bedingungen erfülle. Die Typenbezeichnung Typ ZS 8, ABB AG sei ein etablierter Produktname und eine marktfähige Bezeichnung. Auch sei ein Hinweis auf die Lieferung eines Druckentlastungskanals nicht erforderlich, da die Leistungsbeschreibung nur vorsehe, den jeweiligen Anlagentyp anzugeben. Ein Typenprüfungsnachweis sei auch nicht gefordert. Zumindest sei dies nicht aus der Leistungsbeschreibung ersichtlich gewesen, hätte aber in den technischen Vorbemerkungen klar gestellt werden müssen. Auch erfordere der Einsatz eines Druckentlastungskanals keine nicht realisierbaren baulichen Maßnahmen, da Revisionsöffnungen, Luftschächte und Fenster vorhanden seien. Wenn bestimmte bauliche Maßnahmen von vornherein ausgeschlossen seien, hätte der Antragsgegner dies hinreichend beschreiben müssen. Insoweit handele es sich um eine nicht eindeutig und erschöpfend beschriebene Leistung.

Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, im vorliegenden Vergabeverfahren den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
2. dem Antragsgegner aufzugeben, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.
4. dem Antragsgegner die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,
die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Der Antragsgegner meint, der Schaltanlagentyp ZS 8 entspreche nicht den Anforderungen der Leistungsbeschreibung. Er ist der Auffassung, mit Angebotsabgabe, spätestens zum Submissionstermin die geforderte Typenprüfung vorzulegen gewesen sei. Denn wenn das Leistungsverzeichnis das Einsetzen einer typengeprüften Anlage verlangt, so sei es notwendig, dass der jeweilige Bieter eine derartig geprüfte Anlage anbiete. Der Einbau einer Anlage mit Druckentlastungskanal erfordere auch erhebliche räumliche Veränderungen der Transformatorstationen, die nicht realisierbar seien, was sich bereits aus dem Ausschreibungstext ergebe. Erst am 14.1.2009, nach dem Submissionstermin, sei für den Typ ZS 8 mit Druckentlastungskanal ein Prüfbericht für die Zulassung beim VNB Vattenfall EUROPE durch die Firma ABB eingereicht worden.

Durch Beschluss vom 3.3.2009 hat die Kammer die ausgewählte Bieterin beigeladen. Sie hat keinen Antrag gestellt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

1. Der Antrag auf Nachprüfung ist zulässig.

1.1 Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB.

Der zu vergebende Auftrag ist ein öffentlicher Bauauftrag nach §§ 99 Abs. 3 GWB, 6 VgV. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Berlin folgt aus § 18 Abs. 7 i.V.m. Abs. 1 VgV.

1.2 Die Antragsstellerin ist antragsbefugt. Das ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist die Darlegung eines Schadens erforderlich. Ihr Interesse am Auftrag hat die Antragsstellerin durch ihr Angebot hinreichend bekundet. Sie hat mit Schreiben vom 15.1.2009 Rechtsverletzungen bei der Entscheidung über die Nichtwertung ihres Angebots kritisiert und die Fehlerhaftigkeit ihres Ausschlusses beanstandet. Der befürchtete Schaden liegt im Verlust der Chance auf den Zuschlag. Die Antragstellerin geht davon aus, dass sie bei rechtskonformer Wertung des Angebotes das preisgünstigste Angebot abgegeben habe. Dieser Vortrag ist für die Feststellung der Antragsbefugnis ausreichend (BGH Beschl. v. 26.09.2006, Az. X ZB 14/06).

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt (§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB).

1.3 Die Antragsstellerin hat die geltend gemachten Verstöße ordnungsgemäß und nach Kenntniserlangung unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB gerügt. Zur Begriffsbestimmung des Merkmals „unverzüglich“ kann auf § 121 BGB zurückgegriffen werden: Unverzüglich meint ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern. Die Rügeobliegenheit entsteht danach, wenn der betreffende Bieter die dem Vergaberechtsverstoß zugrunde liegenden Tatsachen positiv kennt und daraus die zumindest laienhafte Wertung zieht, das Handeln des Auftraggebers sei vergaberechtswidrig. Im Fall rügte die Antragstellerin das Absageschreiben des Auftraggebers vom 6.1.2009, das ihr am 8.1.2009 zuzuging, mit Fax-Schreiben vom 15.1.2009. Der Antragstellerin war mit Blick auf die technische Komplexität der Ausschreibung eine gewisse Prüffrist zuzubilligen. Die Rüge erfolgte nach diesem Maßstab – fünf Werktage nach Erhalt der Mitteilung des Antragsgegners – noch unverzüglich.

2. Der Antrag ist aber unbegründet.

Die Antragsstellerin ist nicht in ihrem Recht auf das Einhalten der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzt, § 97 Abs. 7 GWB. Ihr Angebot wurde zu Recht ausgeschlossen, weil es nicht der Leistungsbeschreibung entspricht.

2.1 Nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A ist ein Angebot zwingend von der Wertung auszu-

schließen, das Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthält (§ 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A). Eine Änderung der Verdingungsunterlagen kann auch dann vorliegen, wenn die Unterlagen selbst zwar keine Änderung erfahren haben, sich jedoch aus dem Angebot Abweichungen von den Vorgaben der Verdingungsunterlagen ergeben. Solche Abweichungen ändern die Verdingungsunterlagen in unzulässiger Weise (BGH Urt. v. 8.9.1998, Az. X ZR 85/97 und v. 24.5.2005, Az. X ZR 243/02). Ein derartiges Angebot muss schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil es wegen fehlender Kongruenz der Willenserklärungen von Auftraggeber und Auftragnehmer nicht zum beabsichtigten Vertragsabschluss führen kann (Bay-ObLG Beschl v. 8.12.2004, Az. Verg 19/04).

Der Bieter muss davon ausgehen, dass der Auftraggeber die Leistung regelmäßig in der von ihm vorgegebenen Ausstattung ausgeführt haben will. Nur dann ist eine erschöpfende, vergleichende Wertung der einzelnen Angebote möglich und ein transparenter, chancengleicher Bieterwettbewerb im Sinne der § 97 Abs. 1 und 2 GWB, §§ 2 Nr. 2 und 8 Nr. 1 VOB/A gewährleistet. Die Vergabestelle hat kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe, im Nachhinein von ihren Festlegungen abzuweichen; sie ist gezwungen, das abweichende Angebot aus der Wertung zu nehmen (BGH Beschl. v. 18.2.2003, Az. X ZB 43/02).

2.2 Das Angebot der Antragsstellerin war auszuschließen, weil die von ihr angebotene Mittelspannungsanlage mit einem Druckentlastungskanal, aber nicht mit dem geforderten Druckreduktionssystem ausgestattet ist. Eine Mittelspannungsanlage, die einem Störlichtbogen durch einen Druckentlastungskanal begegnet, entspricht nicht der Leistungsbeschreibung.

Der Antragsgegner hat eine Anlage ausgeschrieben, die auf einen möglichen Störlichtbogen reagiert. Ein Störlichtbogen kann infolge eines ungewollten Spannungsüberschlags bei ungenügendem Abstand oder ungenügender Isolation zwischen zwei elektrischen Potenzialen entstehen. Er gibt Energie an seine Umgebung ab, Leiter- und Isoliermaterialien verdampfen und verbrennen. Dies kann zu einer thermischen und mechanischen Belastung der Anlage führen. Die Aufheizung des Umgebungsgases führt zu einer Druckerhöhung. Diese gilt es, zum Schutz von Personen und zur Minimierung von Schäden zu beherrschen.

Hierzu hat der Antragssteller in seinem Leistungsverzeichnis die Varianten Unterdrückung eines Störlichtbogens oder Druckreduktionssystem im Leistungsverzeichnis zur Auswahl gestellt.

Eine Vorrichtung zur Unterdrückung eines Störlichtbogens meint den Einsatz eines Drucksensors, der einen Druckanstieg innerhalb der gesamten Schaltanlage erfasst. Im Störlichtbogenfall werden durch den Drucksensor die Erdungsschalter der Einspeisefelder zugeschaltet. Die vorgespannten Erdungsschalterantriebe sind miteinander verbunden. Durch die Auslösung der Erdungsschalter wird der Störlichtbogen in einen galvanischen Kurzschluss umgewandelt, so dass der Störlichtbogen verlischt. Es gibt keine Druckeinwirkungen auf Wände oder Böden im Umfeld der Schaltanlagen.

Ein Druckreduktionssystem meint den Einsatz eines Absorbers: Störlichtbogenabsorber sind Kühlgitter und damit passive Elemente, die keiner Wartung bedürfen und dem vom Lichtbogen aufgeheizten Gas Energie durch Wärmeleitung entziehen. Im Störlichtbogenfall auftretende heiße Gase werden ohne Verzögerung abkühlt und dadurch den entstehenden Oberdruck im Schaltanlagenraum reduziert. Die austretenden Schmutzpartikel werden im Absorber größtenteils zurückgehalten.

Die Antragsstellerin hat demgegenüber eine Variante angeboten, die nicht Gegenstand der Ausschreibung gewesen ist. Sie hat dabei die vom Antragsgegner vorgegebenen Varianten zutreffend verstanden, glaubte aber, die von ihr angebotene Lösung sei baulich umsetzbar und im Grunde besser geeignet als die ausgeschriebenen Varianten. Die von ihr angebotene Anlage mit Druckentlastungskanal sieht vor, dass die durch Störlichtbögen erzeugten Gase abgekühlt und durch einen Druckentlastungskanal auf kürzestem Weg ins Freie oder einen benachbarten Raum geführt werden.

Eine Entlastung ins Freie ist nach Einschätzung des Antragsgegners aber aufgrund der räumlichen und baulichen Situation nicht möglich. Dies hat er im Ausschreibungstext hinreichend deutlich gemacht. Dass die Antragsstellerin aufgrund ihrer zugänglich gewordenen Pläne zu der Beurteilung gelangt ist, in den Stationsräumen könnten Revisionsöffnungen, Luftschächte und Fenster genutzt werden, um einen Druckentlastungskanal zu verlegen und bauliche Maßnahmen zu vermeiden, ist unerheblich. Denn es ist Sache des Auftraggebers, den Leistungsgegenstand zu bestimmen.

Entgegen der Ansicht der Antragsstellerin war der Antragsgegner auch nicht verpflichtet, um die Leistung eindeutig und erschöpfend im Sinne des § 9 Nr. 1 VOB/A zu beschreiben, nicht realisierbare bauliche Maßnahmen darzustellen. Der Antragsgegner hat vielmehr die besonderen Bedingungen der Ausführung beschrieben, indem er erklärt, die Schaltanlage müsse in die vorhandene Altbausubstanz eingeordnet werden, wobei bauliche Maßnahmen nicht realisierbar seien. Ergänzend heißt es, der Druckanstieg sei so zu reduzieren, dass im Stati-

onsraum auf Druckausgleichsöffnungen verzichtet werden könne. Die Leistungsbeschreibung benennt damit in einer für den fachkundigen Bieter verständlichen Weise die für die Ausführung maßgeblichen Umstände. Sie ist auch erschöpfend, weil der Bieter die preisrelevanten Faktoren erfährt.

Bei der Ausschlussentscheidung war ferner unerheblich, ob das angebotene System mit Druckentlastungskanal zur Vorgabe im Leistungsverzeichnis gleichwertig oder für den vorgesehen Verwendungszweck sogar besser geeignet ist. Ein Ausschluss wegen einer nicht mit der Ausschreibung konformen Leistung ist auch dann zwingend, wenn der öffentliche Auftraggeber damit nicht das beste Produkt erhält (OLG München Beschl. v. 6.4.2006, Az. Verg 03/06). Den Vorbehalten der Antragstellerin gegen einen Einsatz von Absorbieren musste daher nicht nachgegangen werden.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 GWB. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Antragstellerin zu tragen, weil sie im Verfahren unterlegen ist.

Die Beigeladene hat sich auf Seiten des Antragsgegners nicht ausdrücklich in Interessengegensatz zur Antragstellerin gesetzt und keinen Antrag gestellt. Sie trägt daher keine Kosten des Verfahrens; ihre außergerichtlichen Kosten, soweit Aufwendungen entstanden sind, trägt sie selbst.

Für die Amtshandlungen der Vergabekammer werden gemäß § 128 Abs.1 GWB Kosten erhoben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB. Danach beträgt die Mindestgebühr 2.500 EUR. Die Gebühr hat die Kammer nach dem Auftragswert gemäß Angebotspreis (Angebot der Antragstellerin in Höhe von xxx EUR brutto) unter Berücksichtigung ihres personellen und sachlichen Aufwandes bemessen. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes orientiert sich die Kammer an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes. Da eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat und Verfahrensbevollmächtigte beauftragt waren sowie umfangreiches Aktenmaterial auszuwerten war, bewegte sich der Verwaltungsaufwand der Vergabekammer im durchschnittlichen Bereich. Unter Abwägung dieser Gesichtspunkte hält die Kammer den der Gebührentabelle entsprechenden Betrag von 3800 EUR für angemessen. Billigkeitsgründe für eine Ermäßigung (§ 128 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GWB) bestehen nicht.

IV

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Elßholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung 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 Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vorsitzender

xxx