


Gericht:	OLG Frankfurt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	12.11.2020
Aktenzeichen:	11 Verg 13/20
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2020:1112.11VERG13.20.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Norm:	§ 160 Abs 2 GWB
Zitiervorschlag:	OLG Frankfurt, Beschluss vom 12. November 2020 – 11 Verg 13/20 –, juris

Anordnung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei Zweifeln an Antragsbefugnis der Antragstellerin

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Landes Hessen, 7. Oktober 2020, 69d - VK 2 - 40/2020, Beschluss

Tenor

Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer vom 7.10.2020 wird bis zur endgültigen Entscheidung über die sofortige Beschwerde angeordnet.

Die Antragstellerin erhält Gelegenheit, zu den Hinweisen des Senats in diesem Beschluss hinsichtlich der geäußerten Bedenken in Bezug auf ihre Antragsbefugnis bis zum 27.11.2020 Stellung zu nehmen.

Im Hinblick auf die Corona-Pandemie und die damit einhergehenden Bemühungen, unmittelbare Kontakte zu reduzieren, wird gefragt, ob mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung Einverständnis besteht. Frist: 19.11.2020. Sollte kein Einverständnis erklärt werden, könnte ein Termin zur mündlichen Verhandlung über die sofortige Beschwerde vor dem Vergabesenat bestimmt werden auf Freitag, 11.12.2020, 10.00 Uhr, Saal 101 Geb. D.

Gründe

I.

- 1 Der Antragsgegner schrieb unter ... für das Bauvorhaben „Neubau von 2 Regenrückhaltebecken und Verbreiterung der A7“ die Verkehrssicherung als Fachlos (Nr. 2) im Weg des offenen Verfahrens europaweit aus. Gegenstand war insbesondere das Aufstellen und Vorhalten von transportablen Schutzeinrichtungen. Gemäß II.2.4 der Ausschreibung wurde die Beschaffung wie folgt beschrieben: *2 Verkehrsführungen längerer Dauer aufstellen, ca. 120 Tage Verkehrsführung vorhalten, ca. 33 Tagesbaustellen einrichten, ca. 1900 m transportable Schutzeinrichtungen T3/W2 aufstellen, vorhalten und abbauen, ca. 280 m transportable Schutzeinrichtungen H1/W4 aufstellen, vorhalten und abbauen,*

ca. 7000 m Gelbmarkierungsfolie aufbringen und entfernt, 2 Stück Baustelleninformationsschilder aufstellen und wieder abbauen (Bl. 14, Vergabekammerordner). In der Leistungsbeschreibung finden sich unter 01.01 (S. 11ff; Bl. 414 Vergabeordner 2) konkrete Leistungspositionen. Ein Hinweis auf die TL Transportable Schutzeinrichtungen und/oder die Din EN 1317 findet sich dort nicht.

- 2 Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.
- 3 Z. 7 der besonderen Vertragsbedingungen (Anlage ASt 2, Bl. 17 ff. Vergabekammerordner) bezog sich auf technische Spezifikationen und lautet: *„Soweit im Leistungsverzeichnis auf technische Spezifikationen... Bezug genommen wird, werden auch ohne den ausdrücklichen Zusatz „oder gleichwertig“ immer gleichwertige technische Spezifikationen in Bezug genommen.“*
- 4 Abschnitt 3 des Dokumentes „vorzulegende Unterlagen“ bezieht sich auf Unterlagen, die auf Verlangen der Vergabestelle vorzulegen sind. Dort heißt es unter anderem: *„Vorlegen des gemäß 3.1 der TL-Transportablen Schutzeinrichtungen geforderten Begutachtungsschreiben der BAST“* (Anlage Antragstellerin 3, Bl. 22 Vergabekammerordner). Ziff. 3.1 TL Transportable Schutzeinrichtungen 97 lautet: *„Die Eignung einer transportablen Schutzeinrichtung nach Maßgabe dieser technischen Lieferbedingungen ist durch ein Prüfzeugnis aufgrund einer Eignungsprüfung der Bundesanstalt für Straßenwesen (BAST) nachzuweisen“* (Bl. 86 Vergabekammerordner).
- 5 Die Antragstellerin verfügt über Schutzwandsysteme, die bereits von der BAST begutachtet wurden. Der aktuelle Bestand ist Bl. 156 Vergabekammerordner zu entnehmen. Sie beantragte zudem im ersten Halbjahr 2019 bei der BAST die Durchführung von Begutachtungsverfahren für zwei ihrer eigenen Schutzwandsysteme. Die Verfahren waren zum Zeitpunkt des Beschlusses der Vergabekammer am 07.10.2020 noch nicht abgeschlossen. Zudem verfügt sie über Schutzwandsysteme, die von der A GmbH geprüft und zertifiziert wurden.
- 6 Mit Bieterfrage vom 19.08.2020 führte die Antragstellerin wie folgt aus: *„... Bei der hiesigen Ausschreibung werden transportable Schutzeinrichtungen (tSE) gefordert, die der TL-Transportable Schutzeinrichtungen 97 entsprechen. Dies wird so verstanden, dass - wenn eine Prüfung der tSE nach DIN EN1317, 2 erfolgreich durchgeführt wurde, jedoch kein Prüfzeugnis der BAST - und kein Eintrag in der BAST-Liste - vorliegt, ein Gleichwertigkeitsnachweis gemäß der TL durch Einzelnachweise erbracht werden kann. Es fehlt der Zusatz „oder gleichwertig“. Wir bitten daher um eine Bestätigung.“* (ASt 4, Bl. 23 Vergabekammerordner)
- 7 Der Antragsgegner antwortete daraufhin: *„In der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist unter den „vorzulegenden Unterlagen - Abschnitt 3“ klar geregelt, dass ein Begutachtungsschreiben der BAST als Eignungsnachweis auf Verlangen der Vergabestelle vorzulegen ist. Der Zusatz „oder gleichwertig“ ist aus vorgenanntem Grund nicht notwendig.“* (Anlage ASt 5, Bl. 24 Vergabekammerordner)
- 8 Die Antragstellerin rügte am selben Tag, dass die ausschließliche Zulassung solcher Produkte, die von der BAST begutachtet wurden, gegen § 97 Abs. 1, 2 GWB in Verbindung mit § 7a Abs. 2 VOB/A EU verstoße (ASt 6, Bl. 25 Vergabekammerordner). Der Antragsgegner half der Rüge mit Schreiben vom 21.08.2020 nicht ab. Er verwies darauf, dass

die Eignung durch ein Prüfzeugnis aufgrund einer Eignungsprüfung der Bundesanstalt für Straßenwesen nachzuweisen sei (Anlage ASt 7, Bl. 26 Vergabekammerordner).

- 9 Am 31.08.2020 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag eingereicht, mit dem sie die Verpflichtung der Antragsgegnerin begehrt, die festgestellten Mängel des Beschaffungsvorgangs zu heilen und bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf das Vergabeverfahren in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen, hilfsweise in den Stand nach der Vergabebekanntmachung (Bl. 4 Vergabeordner 1). Zur Begründung führte sie wie folgt aus:
- 10 Sie verfüge zwar über Schutzwandsysteme der geforderten Klassen, die auch durch die BAST begutachtet und in die Freigabeliste eingetragen wurden. Ihre Kapazitäten seien insoweit jedoch aufgrund anderer Maßnahmen nahezu ausgeschöpft, so dass sie für ein Angebot auf die hiesige Ausschreibung auf Subunternehmer zurückgreifen müsse. Dies führe dazu, dass sie kein wettbewerbsfähiges Angebot abgeben könne (Bl. 9 Vergabekammerordner). Für 2 Schutzwandsysteme (IBO Wand 500-18 und IBO Wand 850-30) sei zwar die Anprallprüfung nach DIN EN 1317 erfolgreich durchgeführt worden und eine Begutachtung der BAST beantragt, dies sei jedoch noch nicht beendet.
- 11 Anforderungen an die Schutzeinrichtungen richteten sich nach der TL-Transportable Schutzeinrichtungen 97 und der DIN EN 1317. Soweit nach dieser TL ein Prüfzeugnis der BAST notwendig sei (Ziff. 3.1), entspreche dies nicht der Praxis der BAST. Diese nehme vielmehr alle als geeignet bewerteten Schutzsysteme in ihre Liste auf (Bl. 11 Vergabekammerordner). Zum einen würden auch gleichwertige Produkte aus anderen EU Staaten gelistet. Zum anderen führe die BAST so gut wie keine eigenen Prüfungen mehr durch, sondern mache die Prüfberichte anderer akkreditierte Prüfinstitute zur Grundlage ihrer Entscheidung.
- 12 In der Ausschreibung fehle mithin der Hinweis nach § 7 a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A-EU, dass auch gleichwertige Produkte angeboten werden könnten.
- 13 Die Antragstellerin gab fristgerecht ein Angebot ab. Sie legte der Vergabekammer mit Schreiben vom 1.10.2020 zwei Prüfzeugnisse vom 3.9. und 08.09.2020 der Firma A GmbH (Bl. 116 Vergabekammerordner) vor, wonach die von der Antragstellerin bevorzugten, aber nicht von der Bundesanstalt für Straßenwesen begutachteten Schutzeinrichtungen den Anforderungen der TL-Transportable Schutzeinrichtungen 97 entsprechen.
- 14 Der Antragsgegner ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, da kein Schaden dargelegt sei. Soweit die Antragstellerin darauf verweise, dass ihre Kapazitäten der begutachteten Schutzwandsysteme nahezu ausgeschöpft seien, sei dies unsubstantiiert. Es wäre darzulegen, dass ihre ausschreibungskonformen Schutzwandsysteme bereits anderweitig zum Einsatz kommen. Im Übrigen gebe es eine ausreichende Anzahl von Anbietern für transportable Schutzeinrichtungen, von denen die Antragstellerin entsprechende Einrichtungen hätte beschaffen können (Bl. 67 Vergabekammerordner). Soweit die Antragstellerin auf ein noch offenes Prüfverfahren bei der BAST verweise, sei es ihr offensichtlich seit anderthalb Jahren nicht gelungen, die für das Prüfzeugnis erforderlichen Unterlagen beizubringen (Bl. 69 Vergabekammerordner).
- 15 Die Vergabekammer hat mit Schreiben vom 17.09.2020 auf Zulässigkeitsbedenken hingewiesen (Bl. 90 Vergabeordner 1). Die Antragstellerin hätte durchaus gleichwertige

Schutzwände anbieten können. Die Gleichwertigkeit hätte jedoch von der Bundesanstalt für Straßenwesen festgestellt werden müssen.

- 16 Die Antragstellerin hat daraufhin konkret aufgeführt, wie viele Stück geprüfter Schutzwandelemente sich in ihren Lagern befinden würden (Bl. 156 Anlagenordner 1). Die dort aufgeführten Elemente seien teilweise für laufende/in Verhandlung befindliche Projekte verplant bzw. müssten aufgrund möglicher Beschädigungen etc. auf Vorrat gehalten werden, um auf Notfälle reagieren zu können. Sie habe sieben verschiedene Anbieter von bereits begutachteten Systemen angefragt, von denen lediglich drei Angebote abgegeben hätten. Diese seien in das Angebot eingearbeitet worden, welches wesentlich niedriger gewesen wäre, wenn eigene Schutzwände hätten angeboten werden können.
- 17 Nachfolgend hat die **Vergabekammer** den Antrag mit Beschluss vom 07.10.2020 als unzulässig zurückgewiesen und zur Begründung wie folgt ausgeführt:
- 18 Es fehle der Antragstellerin an einer Antragsbefugnis im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Sie habe nicht die Möglichkeit einer Rechtsverletzung dargelegt. Auf die vermeintlich fehlende Gleichwertigkeit nach § 7 a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A EU komme es nicht an, da die Antragstellerin kein ausländisches Unternehmen sei. Sie wolle auch nicht als inländisches Unternehmen nach Ziffer O Abs. 2 TL-transportable Schutzeinrichtungen 97 ein gleichwertiges Produkt aus einem anderen Mitgliedstaat der EU anbieten. Das von der Antragstellerin beabsichtigte eigene Schutzwandsystem habe demnach der Eignungsprüfung durch die Bundesanstalt für Straßenwesen bedurft. Auf einen Gleichwertigkeitsnachweis komme es nicht an. Die Gleichwertigkeit beziehe sich nicht auf die die Eignungsprüfung durchführende Stelle, sondern nur auf die Produkte aus anderen Mitgliedstaaten. Die Antragstellerin wäre nicht gehindert gewesen, gleichwertige transportable Schutzwände anzubieten, die aus anderen Mitgliedstaaten der EU stammten. Für nationale Schutzwandsysteme sei jedoch zwingend die Eignungsprüfung durch die BASt erforderlich.
- 19 Hiergegen richtet sich die **sofortige Beschwerde** der Antragstellerin, die sie wie folgt begründet:
- 20 Die Lesart der Vergabekammer führe zu einer Diskriminierung inländischer Unternehmen entgegen § 97 Abs. 1, 2 GWB. Würde man die Regelungen der TL-transportable Schutzeinrichtungen 97 so lesen, dass inländische Unternehmen die Eignung zwingend durch eine BASt-Begutachtung und ausländische Unternehmen hingegen mit einem Gleichwertigkeitsnachweis erbringen könnten, würde dies inländische Unternehmen diskriminieren.
- 21 Die Regelungen in der TL-Transportable Schutzeinrichtungen stammten aus einer Zeit, bevor die europäischen Richtlinien zum Vergaberecht hinreichend umgesetzt worden seien. Soweit vor mehr als 20 Jahren die BASt die einzig dazu berufene Behörde im Inland gewesen sei, Eignungsprüfungen der dort beschriebenen Art vorzunehmen, habe sich dies in den letzten zwei Jahrzehnten maßgeblich geändert. Die Vergabekammer habe sich mithin auf eine veraltete, nicht den aktuell gültigen Vergabegrundsätzen entsprechende Lieferbedingung gestützt.
- 22 Gemäß der Richtlinie 2004/18/EG, dort Z. 2, müsse bei der Verwendung von technischen Spezifikationen unter Bezugnahme auf Normen stets der Zusatz erfolgen „oder gleichwertig“. Dies entspreche der Regelung des heutigen § 7a VOB/A EU. Dass diese Regelung nur für ausländische Unternehmen gelte, sei der Formulierung nicht zu entnehmen.

- 23 Gemäß § 7 a Abs. 3 Nr. 1 VOB/A EU dürfe ein Angebot nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass die angebotene Leistung nicht den herangezogenen Spezifikationen nach § 7 a VOB/A EU entspreche, sofern der Bieter nachweise, dass die von ihm vorgeschlagenen Lösungen den technischen Spezifikationen gleichermaßen entspricht. Selbst wenn man demnach davon ausgehe, dass ein nicht von der BAST geprüftes Produkt nicht den Anforderungen der TL-transportable Schutzeinrichtungen 97 entspreche, müsse jedenfalls gemäß § 7 a Abs. 3 VOB/A EU anderweitig nachweisbar sein, dass das Produkt für den konkreten Einsatz technisch geeignet sei. Ihr Schutzwandsystem entspreche den Kriterien der technischen Lieferbedingungen. Dies könne durch ein Prüfzeugnis eines akkreditierten Prüfinstituts nachgewiesen werden.
- 24 Gemäß § 7 a Abs. 3 Nr. 3 b VOB/A EU müssten ihr zudem andere geeignete Nachweise möglich sein, da sie in der vorhandenen Zeit keine Möglichkeit gehabt habe, die geforderten Prüfberichte einzuholen. Es dauere mehrere Monate, bis sich die BAST einem Antrag auf Begutachtung annehme. So habe es bei ihr in 2 Fällen jeweils über ein halbes Jahr gedauert, bis eine 1. Stellungnahme vorgelegt habe.
- 25 Sie **beantragt:**
- 26 1. Die Entscheidung der Vergabekammer des Landes Hessen vom 07.10.2020, Az. 69 d - VK2 - 40/2020 wird aufgehoben.
- 27 2. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
- 28 3. Es werden geeignete Maßnahmen getroffen, um die festgestellten Rechtsverletzungen zu vermeiden.
- 29 4. Es wird die aufschiebende Wirkung bis zu Entscheidung über die Beschwerde verlängert.
- 30 Der Antragsgegner **beantragt:**
- 31 Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Wirkung wird zurückgewiesen.
- 32 Die sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.
- 33 Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten des Antragsgegners. Insofern wird festgestellt, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners erforderlich war.
- 34 Der Antragsgegner verteidigt die angefochtene Entscheidung. Zu Recht habe die Vergabekammer die Antragsbefugnis verneint. Die Antragstellerin sei nicht gehindert gewesen, gleichwertige transportable Schutzeinrichtungen anzubieten, die aus anderen Mitgliedstaaten der EU stammen würden. Auch bei diesen Produkten erfolge jedoch die Gleichwertigkeitsprüfung durch das BAST. Sofern die Antragstellerin ein nationales Schutzwandsystem anbieten wolle, sei die Eignungsprüfung der BAST weiterhin erforderlich. Sie könne sich nicht darauf berufen, dass inländische Unternehmen zwingend die Eignung durch eine Begutachtung der BAST nachweisen müssten, während ausländische Unternehmen einen Gleichwertigkeitsnachweis erbringen könnten. Die Liste des BAST enthalte ausschließlich Systeme, die das Prüfverfahren bei der BAST durchlaufen hätten.

Dies bedeute, dass sie sowohl die Anforderungen der DIN EN 1317 erfüllen und entsprechende - von Dritten stammende - Prüfberichte (insbesondere über den Anprallversuch) die Begutachtung durch die BAST durchlaufen haben, als auch, dass die durch die BAST zu prüfenden - weiteren - Anforderungen der TL-transportable Schutzeinrichtungen 97 erfüllt würden. Nur wenn beide Voraussetzungen vorlägen, erfolge eine Eintragung in die Liste. Die Liste weise damit sowohl für inländische als auch ausländische Produkte allein Systeme aus, die von der BAST begutachtet wurden.

- 35 Soweit die Antragstellerin auf zu lange Bearbeitungszeiten der BAST verweise, falle dies in ihr eigenes unternehmerisches Risiko. Im Übrigen liege die von der Antragstellerin monierte lange Bearbeitungszeit an der Unvollständigkeit der seitens der Antragstellerin eingereichten Unterlagen.
- 36 § 7a VOB/A-EU sei hier nicht verletzt. Über die TL-transportablen Schutzeinrichtungen 97 hinaus gebe es keine weiteren europarechtlichen Spezifikationen. Der Antragsgegner habe sich damit allein auf die TL-Transportable Schutzeinrichtungen 97 beziehen dürfen, die in ihrer Ziff. 3.1 eine ausschließliche Begutachtung durch das BAST vorsehen.
- 37 Dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung stünden die Interessen des AG an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens entgegen.
- 38 Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 9.11.2020 näher zum laufenden Antragsverfahren vor der BAST und den dortigen zeitlichen Abläufen vorgetragen.

I.

- 39 Auf den zulässigen Antrag war die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde anzuordnen, weil überwiegende Interessen nicht entgegenstehen und die sofortige Beschwerde jedenfalls nicht von vorneherein aussichtslos erscheint.
- 40 Im Hinblick auf die Möglichkeit einer kurzfristig anzuberaumenden mündlichen Verhandlung und den alsbaldigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens ist nicht ersichtlich, dass die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen (§ 173 Abs. 2 Satz 1 GWB). Da jedes Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren zur Verzögerung bei der Auftragserteilung führt, müssen für ein besonderes Eilbedürfnis darüber hinausgehende Umstände dargetan werden. Umstände, die eine besondere Eilbedürftigkeit begründen könnten, hat der Antragsgegner nicht vorgetragen.
- 41 Die sofortige Beschwerde ist aufgrund der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung jedenfalls nicht von vorneherein ohne jede Aussicht auf Erfolg (§ 173 Abs. 2 Satz 3 GWB). Die sofortige Beschwerde und der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung sind zulässig, insbesondere in gesetzlicher Form und Frist eingelegt und begründet worden (§ 172 GWB). Ob der Nachprüfungsantrag zulässig ist, kann derzeit nicht abschließend geprüft werden; der Sache nach erscheint er bei summarischer Prüfung begründet.
- 42 Für den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung kommt es insoweit zum einen auf die Erfolgsaussicht der Beschwerde (unter A.), zum anderen auf eine Abwägung des Interesses an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes einerseits und dem Interesse an der Durchführung des öffentlichen Auftrags andererseits an (unter B.):

A.

- 43 Die Erfolgsaussicht des Nachprüfungsantrags kann derzeit nicht abschließend geprüft werden. Es bestehen gegenwärtig Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit im Hinblick auf die Antragsbefugnis der Antragstellerin. Da der Nachprüfungsantrag der Sache nach Erfolg haben könnte, ist der Antragstellerin zur Wahrung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

1.

- 44 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags:

a.

- 45 Die Antragsbefugnis der Antragstellerin i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB erscheint derzeit zweifelhaft. Grundsätzlich muss der Bieter ein Interesse am Auftrag haben. Die Antragstellerin hat dieses Interesse hier zwar mit der Abgabe eines eigenen Angebots dokumentiert. Sie beruft sich jedoch darauf, dass sie dieses Angebot nicht optimal kalkulieren konnte; sie sei durch den gerügten Vergaberechtsverstoß - zwingende Begutachtung durch die BAST - an der Abgabe eines wirtschaftlichen Angebots gehindert gewesen. Diese Situation ist mit der Situation vergleichbar, in der ein Unternehmen vollständig auf die Abgabe eines Angebots unter Hinweis auf gerügte Vergabeverstöße, die die Angebotsabgabe unzumutbar machen würden, verzichtet hat. Im Kern beruft sich die Antragstellerin auch hier darauf, an der Abgabe eines wettbewerbsfähigen Angebots durch die gewählte und von ihr gerügte Vergabebedingung gehindert worden zu sein. Voraussetzung für die Antragsbefugnis der Antragstellerin ist mithin, dass sie darlegt, gerade durch den gerügten Vergabefehler an der Abgabe eines besseren Angebots gehindert worden zu sein (Hofmann in: Müller-Wrede, GWB, § 160 Rn. 20 m.w.N.). Dieser schlüssige Vortrag ist gegenwärtig der Akte nicht zu entnehmen:
- 46 Der Antragstellerin müsste durch die von ihr als vergabewidrig gerügten Forderung in den Vergabeunterlagen hinsichtlich der Vorlage eines gemäß Ziff. 1 TL-Transportable Schutzeinrichtungen 97 geforderten Begutachtungsschreiben der BAST - ohne Einräumung eines Gleichwertigkeitsnachweise - ein Schaden entstehen können oder entstanden sein. Sie behauptet insoweit, durch die Forderung nach Schutzeinrichtungen mit entsprechenden Begutachtungsschreiben der BAST habe sie auf Produkte von Drittanbietern zurückgreifen müssen. Im Fall der Einbindung eigener - dann nicht von der BAST, sondern von Dritten (z.B. der A GmbH) begutachteter - Schutzwände wäre ihr Angebot preisgünstiger ausgefallen.
- 47 Diese Ausführungen können zwar nachvollzogen werden. Die von der Antragstellerin selbst vorgelegten Zahlen zum Bestand an Schutzwänden, die eine Begutachtung durch die BAST erfahren haben, decken diese Vorgehensweise indes nicht. Es ist vielmehr derzeit angesichts des umfangreichen Bestands von der BAST begutachteter Schutzwände nicht verständlich, warum nicht auf diesen Bestand zurückgegriffen und damit ein preislich attraktiveres Angebot abgegeben werden konnte:
- 48 Die Ausschreibung bezieht sich gem. II.2.4 auf ca. 1.900 m transportable Schutzeinrichtungen T3/W2 und 280 m H1/W4. Dies steht in Übereinstimmung mit den Ziff. 01.01.0001 ff, die sich auf das Aufbauen und Vorhalten transportabler Schutzeinrichtungen beziehen. Die Leistungspositionen 01.01.0001 ff. des Langtext-Verzeichnisses (Bl.

414 Ordner 2) enthalten an zwei Stellen Mengenangaben für den Aufbau der streitgegenständlichen Schutzeinrichtungen (Z. 01.01.0001, 01.01.0007). Gefordert werden zum einen 1920 m (01.01.0001) und zum anderen 280 m (01.01.0007). Soweit zwei weitere Leistungspositionen (Z. 01.01.0002, 01.01.0008) sich auf das Vorhalten, Warten und Instandsetzen transportabler Schutzeinrichtungen beziehen und als Maßeinheit „md“ ausweisen, handelt es sich nicht um eine Erweiterung des Meterbedarfs. Diese Positionen beziehen sich auf das Vorhalten, Warten ect der Schutzeinrichtungen. Sie greifen den jeweils vorgenannten Meterbedarf auf, multipliziert mit der erforderlichen Dauer an Tagen. In den jeweils die laufenden Meter betreffenden Leistungspositionen (Z. 01.01.0001, 01.01.0003, 01.01.0007) wird entsprechend auch darauf hingewiesen, dass das Vorhalten, Kontrollieren, Warten und Instandsetzen gesondert vergütet wird.

- 49 Die Leistungsposition 01.01.0003 bezieht sich auf das Umsetzen (entsprechend 01.01.0004 das Warten/vorhalten ect) und damit ebenfalls nicht auf weitere benötigte Meter an Schutzwänden, sondern nur die örtliche Veränderung bereits eingebauter Meter.
- 50 Die Antragstellerin trägt vor (Bl. 156, 170 Vergabekammerordner), 11.766 m von der BAST begutachtete Schutzwandsysteme der Klasse T3/W2 in den Lagern zu haben (aus der Anlage ASt 8 ergibt sich eine unwesentlich größere Menge von insgesamt 1.964 Stück T3/W2, d.h. 11.784m). Dieser Bestand würde die hier benötigte Menge von 1.920 m jedenfalls bei Weitem überschreiten und damit eine Angebotsabgabe unter Einhaltung der angegriffenen Vergabebedingungen ermöglichen.
- 51 Die von der Antragstellerin vorgebrachten Hinderungsgründe, diesen Bestand zu nutzen, überzeugen derzeit nicht:
- 52 Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass sich einige Materialien auf Lagerplätzen in Stadt1, Stadt2 und Stadt3 befinden würden (Bl. 156 Vergabekammerakte), ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen ein Transport nicht möglich sein sollte bzw. mit welchen Zusatzkosten zu rechnen wäre.
- 53 Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass sie bei einem bereits laufenden Projekt auf der A6 für die Verkehrssicherung „Schutzwand“ benötige, bleibt völlig offen, welche Meterzahlen für dieses Projekt benötigt würden. Offen ist weiterhin, ob auch für dieses Projekt eine vergleichbare Bedingung wie hier zu berücksichtigen ist, wonach für die Schutzwand ein Begutachtungsschreiben der BAST vorzulegen ist oder ob nicht dort auch explizit gleichwertige Produkte anerkannt wurden und damit verwendet werden können. In diesem Fall könnte die Antragstellerin etwa auf ihre von der A GmbH geprüften Produkte zurückgreifen.
- 54 Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass sie in Verhandlungen stehe für einen Funktionsvertrag, bei dem ebenfalls Schutzwände verplant würden, ist bereits offen, ob die Antragstellerin überhaupt den Auftrag erhalten wird. Welche Meterangaben Gegenstand dieses möglichen Auftrags sind, kann ihren Ausführungen ebenfalls nicht entnommen werden. Offen ist zudem, ob eine Bedingung gestellt wurde wie im hiesigen Verfahren, wonach ein Begutachtungsschreiben der BAST vorzulegen ist. Falls dies nicht der Fall sein sollte, könnte die Antragstellerin dort auf die von der A GmbH geprüften Produkte zurückgreifen. Offen ist schließlich, auf welchen Zeitraum sich dieses Projekt bezieht. Da es sich noch in den Verhandlungen befindet, erscheint es jedenfalls fraglich, dass es

sich ebenfalls auf den vorgenannten Zeitraum 02.10.2020 bis 26.02.2021 bezieht (Bl. 156 Vergabekammerakte).

- 55 Soweit die Antragstellerin schließlich darauf verweist, dass immer ein Reservebestand vorhanden sein müsse und sie deshalb 3-5.000 m Bestand im Vorrat halte, würde dies mangels anderer Meterangaben rechnerisch auch unter Berücksichtigung dieses Projekts noch möglich sein. Darüber hinaus bleibt auch hier offen, ob für alle derzeitigen Reservefälle eine vergleichbare Anforderung wie hier (Begutachtung der BAST) einzuhalten ist.
- 56 Vom Schutzwandsystem H1/W4 hat die Antragstellerin laut Anlage K 8 (Bl. 170 VK-Ordner) 1.632 m vorrätig. Dies würde ebenfalls den Bedarf von 280 m weit übersteigen. Hinderungsgründe trägt sie hier nicht näher vor, selbst bei Abzug einer Reserveposition bliebe sie angebotsfähig.
- 57 Im Verfahren vor der Vergabekammer hatte der Antragsgegner zwar gerügt, dass die Antragstellerin lediglich pauschal vorgetragen habe, im Bestand befindliche und von der BAST geprüfte Schutzwandsysteme hier nicht anbieten zu können, da diese anderweitig verwendet würden. Auf diesen Aspekt ist die Vergabekammer nachfolgend indes nicht mehr eingegangen. Die nach dieser Rüge von der Antragstellerin noch erfolgten Angaben (Bl. 156/170) wurden nicht weiter thematisiert; auch der Antragsgegner hat zu ihnen nicht mehr Stellung genommen.

b.

- 58 Im Übrigen ist der Antrag nach derzeitiger summarischer Prüfung zulässig, insbesondere wurde der nunmehr verfolgte Vergabefehler rechtzeitig gerügt.

2.

- 59 Der Sache nach erscheint der Nachprüfungsantrag dagegen derzeit begründet, soweit sich die Antragstellerin gegen die auf Verlangen geforderte Vorlage von Begutachtungsschreiben des BAST beruft.

a.

- 60 Unklarheiten bestehen dabei bereits hinsichtlich der Frage, welche Leistungsanforderungen an die transportablen Schutzeinrichtungen tatsächlich aus Sicht eines verständigen Bieters in der Ausschreibung gestellt worden sind:
- 61 Im Rahmen der Bekanntmachung findet sich bei der Beschreibung der Beschaffung unter II.2.4 ein Hinweis auf das Aufstellen transportabler Schutzeinrichtungen mit den Zusätzen T3/W2 bzw. H1/W4. „H“ und „T“ beziehen sich offensichtlich auf die Aufhaltstufe, „W“ auf die Wirkungsbereichsklasse. Ohne nähere Erläuterung ist dies jedenfalls nicht als Hinweis zu verstehen, dass mit dieser Anforderung allein bereits eine Übereinstimmung und Begutachtung durch die BAST gem. der TL-transportabler Schutzeinrichtungen 97 gefordert wird.
- 62 Im Langtext-Verzeichnis finden sich keine weiteren technischen oder materialbedingten Anforderungen für die transportablen Schutzeinrichtungen.
- 63 Im Rahmen der vorzulegenden Unterlagen wird bei den leistungsbezogenen Unterlagen, die auf Verlangen der Vergabestelle vorzulegen sind, zwar darauf hingewiesen, dass

das gemäß Z. 3.1 der TL-Transportabler Schutzeinrichtungen geforderte Begutachtungsschreiben der BAST vorzulegen ist.

- 64 Es bestehen Bedenken, ob mit diesem Hinweis konkludent eine wirksame Leistungsanforderung gestellt wurde: Grundsätzlich sind Leistungsanforderungen gem. § 121 GWB eindeutig und erschöpfend aufzustellen. Die Leistungsbeschreibung soll nach § 121 Abs. 1 S. 2 GWB die Funktions- und Leistungsanforderungen enthalten, die gefordert werden. Leistungsanforderungen können gemäß § 7 a VOB/A EU durch die Bezugnahme auf technische Spezifikationen erfolgen, hier etwa auf die TL-transportable Schutzeinrichtungen 97. Ein entsprechender Hinweis ist der Leistungsbeschreibung indes nicht zu entnehmen.
- 65 Soweit unter der Rubrik der auf Verlangen vorzulegenden Unterlagen auf ein Begutachtungsschreiben der BAST gem. der TL-transportable Schutzeinrichtungen 97 verwiesen wird, kann daraus im Umkehrschluss zwar gefolgert werden, dass die angebotenen Schutzeinrichtungen von der BAST gemäß der TL-transportabler Schutzeinrichtungen 97 begutachtet wurden und damit ihr entsprechen müssen. Eine derartige Leistungsanforderung wurde jedoch an keiner Stelle im Rahmen der Leistungsbeschreibung positiv formuliert.
- 66 Bei summarischer Prüfung erscheint es gegenwärtig sehr fragwürdig, dass ein verständiger Bieter die genannten Formulierungen als hinreichend eindeutige Leistungsanforderung, nur Schutzwände, die eine Begutachtung der BAST durchlaufen haben, anbieten zu dürfen, versteht bzw. verstehen musste. Sofern keine entsprechende konkrete Leistungsanforderung aufgestellt wurde, konnte auch nicht von der Antragstellerin verlangt werden, dass nur von der BAST begutachtete Schutzwände angeboten werden.
- b.
- 67 Ginge man trotz der dargestellten Bedenken von einer wirksamen Leistungsanforderung in Form der notwendigen Entsprechung der Schutzwand mit den Vorgaben der TL-transportabler Schutzeinrichtungen aus, läge eine technische Spezifikation im Sinne von § 7 a Abs. 2 Nr. 1 e VOB/A-EU vor. Die TL transportabler Schutzeinrichtungen 97 stellt nationale Anforderungen des Bundesministeriums für Verkehr auf, die die in der DIN EN 1317 europaweit niedergelegten Anforderungen integrieren, aber über diese hinausgehen.
- 68 Eine Anforderung, dass die Schutzeinrichtungen der TL-transportabler Schutzeinrichtungen 97 entsprechen müssen, könnte zwar grundsätzlich vergabekonform aufgestellt werden (vgl. auch OLG Koblenz, Beschluss vom 10.06.2010 - 1 Verg 3/10). Werden technische Spezifikationen durch Verweise auf nationale technische Spezifikationen zum Gegenstand der Vergabeunterlagen, ist allerdings dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 7 a Abs. 2 Nr. 1 a.E. VOB/A-EU nach der Zusatz „oder gleichwertig“ erforderlich. In diesem Fall kann der Bieter ein Angebot einreichen, welches zwar nicht der in Bezug genommenen Norm/technischen Zulassung entspricht, gleichwohl aber die technischen Anforderungen einhält, auf die der Auftraggeber im konkreten Fall Bezug nimmt, und somit gleichwertig ist (vergleiche Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2019, VOB/A-EU § 7 a Rn. 36). Die Vorschrift soll den Bieter davor schützen, dass sein Angebot nur aus formellen Gründen nicht berücksichtigt wird, obwohl er in der Sache das anbietet, was der Auftraggeber nachfragt und er dies auch nachweisen kann.

- 69 Diese Vorschrift besteht unabhängig von der in Ziffer 0 Abs. 2 TL- transportabler Schutz-
einrichtungen 97 enthaltenen Regelung, wonach Produkte aus anderen Mitgliedstaa-
ten der europäischen Gemeinschaft, die den technischen Lieferbedingungen nicht ent-
sprechen, als gleichwertig behandelt werden, wenn mit ihm das geforderte Schutzniveau
gleichermaßen dauerhaft erreicht wird. Zum Zeitpunkt des Erlasses der TL-transporta-
bler Schutzeinrichtungen 97 existierte das EU-Vergaberecht noch nicht. Mit Ziff. 0 Abs. 2
soll ausländischen Produkten die Marktfähigkeit im Inland eröffnet werden, wenn sie das
gleiche Schutzniveau erreichen - unabhängig von der Frage, ob hier die Gleichwertig-
keitsprüfung wiederum ausschließlich von der BAST erfolgt oder auch von Dritten, ist die
Zielrichtung ersichtlich auf die Öffnung zum EU-Binnenmarkt gerichtet. § 7 a VOB/A-EU
soll dagegen sicherstellen, dass gestellte technische Spezifikationen nur im Ergebnis als
zwingende Anforderung an das Produkt gestellt werden können, nicht jedoch hinsicht-
lich des zu Grunde liegenden Verfahrensganges. Eine fehlende Zertifizierung etwa soll
als formaler Aspekt nicht den Ausschluss eines Angebots bewirken, sofern materiell die
geforderten Anforderungen erfüllt sind.
- 70 Aus diesen Gründen bestehen Bedenken gegenüber der Argumentation der Vergabe-
kammer: Die Antragstellerin wollte ersichtlich nicht ausländische Produkte anbieten. Es
ging ihr darum, dass sie - ihrer Ansicht nach - gleichwertige, insbesondere die Vorgaben
der TL-Transportabler Schutzeinrichtungen 97 erfüllende Produkte anbieten wollte, auch
wenn ihnen die Begutachtung durch die BAST fehlt.
- 71 Da eine entsprechende explizite Leistungsanforderung im Leistungsverzeichnis fehlt -
wie dargestellt - fehlt konsequent auch ein Gleichwertigkeitszusatz i.S.d. § 7 a VOB/A-EU.
Soweit in Ziff. 7 der Besonderen Vertragsbedingungen zwar grundsätzlich darauf hingee-
wiesen wird, dass im Falle der Bezugnahme auf technische Spezifikationen im Leistungs-
verzeichnis auch ohne den ausdrücklichen Zusatz „oder gleichwertig“ immer gleichwer-
tige technische Spezifikationen in Bezug genommen würden, ersetzt dies den fehlenden
Zusatz hier nicht. Im Leistungsverzeichnis liegt gerade - wie ausgeführt - keine Bezug-
nahme auf technische Spezifikationen vor, sondern allenfalls in den vorzulegenden Un-
terlagen, so dass auch die in Ziff. 7 der Besonderen Vertragsbedingungen erwähnte all-
gemeine Ergänzung um den Gleichwertigkeitszusatz die vorliegende Konstellation nicht
erfasst.
- 72 Selbst wenn man Ziff. 7 der Besonderen Vertragsbedingungen so versteht, dass sich die-
se Regelung auch auf die Vorlage des Begutachtungsschreibens der BAST beziehen soll,
könnte für diese Anforderung nicht automatisch ein „Gleichwertigkeitszusatz“ angenom-
men werden. Einer entsprechenden Auslegung stünde dann die eindeutige Antwort des
Antragsgegners auf die Bieterfrage der Antragstellerin vom 20.08.2020 entgegen, dass
keine Äquivalenzen in diesem Fall zugelassen werden sollen. In dieser Antwort heißt es
ausdrücklich, dass klar geregelt sei, dass ein Begutachtungsschreiben der BAST vorzu-
legen sei. Der Zusatz „oder gleichwertig“ sei aus diesem Grund nicht notwendig. Diese
Antwort kann ein verständiger Bieter nur dahingehend verstehen, dass ausschließlich ei-
ne Begutachtung der BAST anerkannt wird.
- c.
- 73 Der fehlende Gleichwertigkeitszusatz bzw. die fehlende Zulassung des Nachweises
der Gleichwertigkeit ist vergaberechtswidrig (so auch OLG Koblenz, Beschluss vom
10.6.2010 - 1 Verg 3/10; VK Sachsen, Beschluss vom 19.4.2011 - 1/SVK/0101-11). Dabei

kommt es hier nicht auf die zwischen den Beteiligten streitige Frage an, ob nur die BAST die Begutachtungen vornimmt, die im Ergebnis zur Eintragung in die Liste der BAST führen, oder auch Dritte.

- 74 Zielrichtung des § 7a VOB/A-EU ist allein, dass materiell eine Gleichwertigkeit nachweisbar sein muss. Die Antragstellerin muss nicht erreichen, dass ihre Produkte in die Liste des BAST eingetragen werden. Sie muss nur nachweisen dürfen - und können -, dass ihre Schutzwände die Anforderungen der TL-Transportable Schutzeinrichtungen 97 materiell (hinsichtlich der DIN EN 1317 und der weiteren Anforderungen der TL) erfüllen. § 7a VOB/A-EU soll gerade die Fälle erfassen, in denen es in formeller Hinsicht an der Begutachtung nach Ziff. 3.1. der TL-Transportable Schutzeinrichtungen 97 fehlt.

B.

- 75 Der Anordnung der aufschiebenden Wirkung stehen keine besonderen Interessen des Antragsgegners an einer zügigen Auftragsdurchführung entgegen. Zu einer besonderen Eilbedürftigkeit des Beginns der ausgeschriebenen Leistungen hat der Antragsgegner nichts Konkretes vorgetragen. Aus dem Gegenstand der Ausschreibung ergibt sich dieser ebenfalls nicht. Die Baumaßnahmen beziehen sich nicht auf ggf. eilbedürftige Reparaturen, sondern den Neubau zweier Regenrückhaltebecken und eine Verbreiterung der Autobahn. Insoweit ist nicht ersichtlich, dass im Rahmen der erforderlichen Abwägung das Interesse an der Auftragsausführung seitens des Antragsgegners das Interesse der Antragstellerin an der Gewährung wirksamen Rechtsschutzes überwiegt.