



69d VK 19/2010

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

Fa. [REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäftsführerin [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

gegen die

Kreiskliniken [REDACTED]
[REDACTED], vertreten durch den Betriebsleiter [REDACTED]

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

Braun & Rieske Rechtsanwälte - RA Dr. Christian Braun -
Messehaus am Markt - Markt 16 -, 04109 Leipzig

Weitere Beteiligte:

Fa. [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED]
[REDACTED]

- Beigeladene -

wegen der

Vergabe des Gewerks Außenwandverkleidung
„Vorgehängte hinterlüftete Fassaden“ (Glasverbundplatten-
fassade) für den Neubau des Psychatriegebäudes der Kreis-
kliniken in [REDACTED] im Offenen Verfahren.

Regierungspräsidium Darmstadt
Wilhelminenstraße 1 - 3 (Wilhelminenhaus)
64283 Darmstadt

Internet:
www.rp-darmstadt.hessen.de

Servicezeiten:
Mo. - Do. 8:00 bis 16:30 Uhr
Freitag 8:00 bis 15:00 Uhr

Telefon: 06151 12 0 (Zentrale)
Telefax: 06151 12 6347 (allgemein)

Fristenbriefkasten:
Luisenplatz 2
64283 Darmstadt

Öffentliche Verkehrsmittel:
Haltestelle Luisenplatz

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden [REDACTED], die hauptamtliche Beisitzerin ROR'in [REDACTED] den ehrenamtlichen Beisitzer [REDACTED] [REDACTED] nach mündlicher Verhandlung vom 17. 08. 2010 am 23. 08. 2010 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer.
3. Die Verfahrenskosten werden auf € [REDACTED] festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war erforderlich.

I.

Gründe

Sachverhalt:

1. Der Antragsgegner (nachfolgend: AG) veranlasste die u. a. am 16.03.2010 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte Bekanntmachung für ein Offenes Verfahren für das Gewerk „Vorgehängte hinterlüftete Fassaden zum Neubau einer Psychiatrie“. Die Auftragssumme für die Gesamtbaumaßnahme ist auf ca. 13,58 Mio. € veranschlagt.

Einziges Zuschlagskriterium ist gem. Ziff. IV.2.1) der Bekanntmachung der Preis.

Im Leistungsverzeichnis sind die bauliche Ausgangslage und die Vorstellung des AG zur Gestaltung der Fassadenbaumaßnahme dargestellt sowie Details u. a. zu Material, Abmessungen, Konstruktion etc. angegeben. Weil der AG der Ansicht war, insbesondere seine gestalterischen Vorstellungen und Vorgaben im Leistungsverzeichnis nicht ausreichend beschreiben zu können, gab er ein Leitfabrikat mit dem ergänzenden Hinweis „oder gleichwertig“ an.

Die Antragstellerin (nachfolgend: Ast) bietet nicht das Leitfabrikat, sondern das Produkt „S [REDACTED]“ Paneele der Fa. S [REDACTED] GmbH an, für die eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung des DIBt vom 10.03.2010 vorliegt, deren Gegenstand maximale Plattenformate von 1250 mm x 2600 mm sind. Das Leistungsverzeichnis gibt demgegenüber auch Abmessungen mit einer Seitenlänge von 2950 mm vor.

Die rechnerische Prüfung (Bruttosumme) der 10 termingerecht eingegangenen Angebote ergab, dass die Ast das preisgünstigste Angebot abgegeben hat; die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin (Beigeladene) liegt preislich an 3. Stelle.

Nach Öffnung und Prüfung der Angebote wurde festgestellt, dass für das von 3 Bietern (u. a. der Ast) angebotenen Produkt der Fa. S [REDACTED] zwar eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung besteht, diese aber nicht die geforderte Plattengröße umfasst. Daraufhin richtete das vom AG eingeschaltete Architektur - und Ingenieurbüro (nachfolgend: beauftragtes Büro) am 26.04.2010 insgesamt 3 Schreiben an die Ast, mit denen neben Eignungsnachweisen u. a. m. auch - unter Hinweis auf § 24 Nr.1 Abs.1 VOB/A - „um schriftlichen Nachweis mit Erläuterung der angebotenen Erzeugnisse (Produktinformationen und - datenblätter)“ sowie die „Allgemeine Bauaufsichtliche Zulassung für die geforderten Größen“, die „Bestätigung der Ausführung der Einscheibensicherheitsglasplatte gem. Beschreibung im Leistungsverzeichnis in einer Stärke von 8 mm“ und schließlich „um Bestätigung der Ausführung“, dass „die Trägerplatte umlaufend ca. 20 mm von der Glasplatte zurückgesetzt“ ist, gebeten wurde.

Die Eignungsnachweise wurden am 27.04.2010, die Produktinformationen und -datenblätter am 03.05.2010 vorgelegt.

In Gesprächen bzw. Telefonaten zwischen dem beauftragten Büro und Vertretern der Ast bzw. der Herstellerfirma S [REDACTED] GmbH (am 28.04, 07.05. und einem nicht festgehaltenen Datum) wies das Büro „auf die Relevanz der bauaufsichtlichen Zulassung für den Bauherrn“ hin. Der Bauherr als öffentlicher Auftraggeber sei gehalten, die Vorgaben der HBO (§ 16) zu berücksichtigen.

Im Hinblick auf die Aussage der Herstellerfirma, dass sie verschiedene Projekte im Rhein-Main-Gebiet mit Fassadenbekleidungen in größeren Abmessungen als den in der Zulassung genannten Formaten ausgeführt habe, schlug der Vertreter des AG vor, der Hersteller solle über die Ast „die Nachweise über die Zustimmung im Einzelfall bei diesen realisierten Maßnahmen als Vergleichsobjekte“ vorlegen, „um damit sicher zu gehen, dass auch in diesem Fall eine Zustimmung im Einzelfall für den Neubau der Psychiatrie erteilt wird.“ Laut Vermerk (vom 28.04.) wurde dies vom Hersteller „avisiert“.

2. Mit Formblatt 334 EG - Information - Absage nach §13 VgV - vom 08.06.2010 (Eingang bei der Ast am 09.06.) informierte der AG die Ast darüber, dass deren Angebot von der Wertung ausgeschlossen werde, „weil es nicht alle in den Verdingungsunterlagen gestellten Bedingungen erfüllt“. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag am 25.06.2010 der (Beigeladenen) Fa. [REDACTED] zu erteilen. Zur Begründung des Ausschlusses und damit der Nichtberücksichtigung heißt es:

„Eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung für die geforderte Fassadenplattengröße von 1,0 x 2,95 m für das angebotene Produkt S [REDACTED] oder eine von einem Vergleichsprojekt erteilte Zulassung im Einzelfall mit analogen Fassadenplattengrößen wurde nicht vorgelegt.“

Die Ast rügte diese Entscheidung mit Schreiben vom 18.06.2010 (eingegangen beim AG per Fax am selben Tag). Sie führte insbes. aus, das beauftragte Büro habe lediglich um den Nachweis der Allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung gebeten. Es sei daraufhin von ihr erklärt worden, es werde eine Zulassung im Einzelfall beantragt, deren Erteilung erwartet werde, zumal auch eine positive Prognose des Ministeriums vorliege; ein Gutachten sei bereits in Auftrag gegeben. Auf ihre Erklärungen hin seien in der Folge keine weiteren Unterlagen oder die Einzelfallzustimmung verlangt worden; die Voraussetzungen für einen Angebotsausschluss lägen daher nicht vor.

3. Mit 2 Schreiben - jeweils vom 22.06.2010 - teilte der AG der Ast mit, bzgl. der Vorinformation sei versehentlich ein altes Formblatt verwendet worden; es werde anliegend die Information/ das Formular nach § 101 a GWB übersandt. Die darin angegebene Begründung für den Ausschluss ist wortgleich mit der Formulierung in der Mitteilung nach § 13 VGV. Abgeändert wurde lediglich das Datum, an dem der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erfolgen soll (statt 25.06. nunmehr 05.07.2010).

Die Ast rügte am 24.06.2010 die „Absage“ vom 23.06. „mit dem Hinweis, dass eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung in den Verdingungsunterlagen nicht gefordert war und eine Zulassung im Einzelfall eines Vergleichsprojekts von uns nicht angefordert wurde.“

Der AG antwortete hierauf am 28.06., dass er der Rüge nicht abhelfe.

4. Die inzwischen eingeschaltete Bevollmächtigte trug mit Schreiben vom 30.06.2010 - gerichtet an den Landkreis Darmstadt - Dieburg - vor, einziges Wertungskriterium sei der Preis; ihr Angebot liege danach an erster Stelle. Der Ausschluss sei vergaberechtswidrig, da den Vergabeunterlagen die Pflicht zur Vorlage eines Gleichwertigkeitsnachweises für ein vom Leitfabrikat abweichendes Produkt nicht zu entnehmen sei. Erklärungen, die der Bieter mit dem Angebot vorlegen solle, müssten jedoch schon in den Vergabeunterlagen eindeutig vorgegeben sein. Im Übrigen umfasse die bauaufsichtliche Zulassung für das Leitprodukt „nicht die umlaufenden Glasüberstände gemäß Ausschreibung.“ Die Vergabe liege zwar im „Unterswellenbereich“, was nichts daran ändere, dass die Ast Primär- als auch Sekundärrechtsschutz vor den Zivilgerichten in Anspruch nehmen könne. Der AG solle bis 01.07. verbindlich erklären, dass das Angebot der Ast bei der Angebotswertung berücksichtigt werde, andernfalls eine gerichtliche Auseinandersetzung wohl unvermeidlich sei.

Auf ihren Antrag erließ das Landgericht Darmstadt am 02.07.2010 gegen den Landkreis Darmstadt - Dieburg eine einstweilige Verfügung, mit der die Vergabe vorläufig untersagt wurde; hiergegen legte der AG unter Hinweis auf die Unzuständigkeit des Landgerichts Widerspruch ein.

5. Mit Schreiben vom 07.07.2010 ließ die Ast sodann durch die Bevollmächtigte einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer stellen. Sie führt u.a. aus, der AG gehe irrigerweise davon aus, dass die Gleichwertigkeit ihres Alternativprodukts innerhalb der

Submissionsfrist, jedenfalls aber als Voraussetzung der Angebotswertung hätte nachgewiesen werden müssen. Nachweise und Erklärungen, die mit dem Angebot vorzulegen seien, müssten in den Vergabeunterlagen eindeutig - auch bzgl. des Zeitpunkts der Vorlage - benannt sein, was hier nicht der Fall sei. Eine Zustimmung im Einzelfall könne nicht nachträglich zur Voraussetzung für die Wertung des Angebots gemacht werden. Wenn das von ihr angebotene Fabrikat tatsächlich ausgeschlossen werden müsste, dann gelte dasselbe für das Leitfabrikat, weil dessen bauaufsichtliche Zulassung nicht die in der Ausschreibung geforderten umlaufenden Glasüberstände beinhalte, sodass auch für das Leitprodukt eine Zustimmung im Einzelfall hätte vorgelegt werden müssen.

6. Sie verweist darauf, dass sie nicht beantrage, bestimmte anderweitige Angebote von der Wertung auszuschließen. Gerügt werde weder das Leitfabrikat noch der Glasüberstand, sondern nur, dass die bauaufsichtliche Zulassung des Leitfabrikats den Glasüberstand nicht decke, dies habe sie erst Ende Juni erfahren und am 30.06.2010 gerügt. Ihr angebotenes Produkt weiche nicht von der vorgesehenen technischen Spezifikation ab. Es sei geeignet und gleichwertig, was sich schon aus der bauaufsichtlichen Zulassung ergebe. Die darin attestierte Fläche liege über der hier ausgeschriebenen. Es werde bestritten, dass der AG einen Gleichwertigkeitsnachweis für ein anderes Projekt hätte ausreichen lassen.

Die Ast beantragt zuletzt:

1. das Vergabeverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens auszusetzen und dem AG zu untersagen, bis dahin einem anderen Bieter den Zuschlag zu erteilen,
2. den AG zu verpflichten, über die Erteilung des Zuschlags in dem streitbefangenen Vergabeverfahren unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin neu zu entscheiden,
3. hilfsweise den AG anzuweisen, die Ausschreibung/ das Vergabeverfahren insgesamt aufzuheben,
4. dem AG die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen und festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Ast notwendig war,
5. der Ast Akteneinsicht in die Vergabeakten des AG zu gewähren.

Der AG beantragt:

1. den Nachprüfungsantrag zu verwerfen bzw. zurückzuweisen
2. der Ast die Einsicht in die Vergabeakten zu versagen
3. der Ast die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des AG für notwendig zu erklären.

Er macht die fehlende Substantiierung des Antrags bzgl. des unterbliebenen Ausschlusses der Angebote mit Leitfabrikat geltend und sieht eine Verletzung der Rügepflicht hinsichtlich Glasüberstand und Leitfabrikat, weil diese Umstände bereits in den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen seien. Der geringe Glasüberstand des Leitfabrikats sei im Bezug auf die in der bauaufsichtlichen Zulassung angenommene vollflächige Verklebung eine unwesentliche Abweichung von der Zulassung. Das von der Ast angebotene Fabrikat sei hinsichtlich seiner von den Vorgaben abweichenden Abmessungen nicht geeignet und verwendbar, weil es insoweit nicht bauaufsichtlich zugelassen sei. Obwohl der AG der Ast entgegengekommen sei und angeboten habe, den Nachweis einer Zustimmung im Einzelfall für Platten größerer Maße bei einem Vergleichsprojekt ausreichen zu lassen, sei die Ast dazu nicht in der Lage gewesen. Im Hinblick auf § 21 Nr.2 VOB/A müsse die Gleichwertigkeit im Zeitpunkt der Angebotsbewertung beurteilt werden können. Der Nachweis der Gleichwertigkeit sei auch ohne ausdrückliche Aufforderung zu erbringen.

Im Übrigen wird auf den Vortrag der Beteiligten in den genannten Schriftsätzen Bezug genommen.

Die Beigeladene äußerte sich schriftsätzlich nicht und stellte auch keinen Antrag.

In der mündlichen Verhandlung am 17.08.2010 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zu äußern.

Auf den erstmals in der mündlichen Verhandlung gegebenen Hinweis der Kammer, der Nachprüfungsantrag könne wegen verspäteter Rüge auf die Vorabinformation vom 08.06.2010 präkludiert sein, entgegnete die Bevollmächtigte, die Information vom 08.06.2010 sei durch die nachfolgende Information nach § 101 a GWB vom 23.06.2010 ersetzt worden, wodurch sich eine neue rechtliche Situation und Rügemöglichkeit ergeben habe. Wenn die Vergabestelle selbst die Notwendigkeit einer Korrektur ihrer ersten Mitteilung gesehen habe, müsse dies auch eine rechtliche Bedeutung haben.

Schriftsatznachlass wurde nicht gewährt und von den Beteiligten nicht beantragt.

II.

Entscheidungsgründe:

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig und wird daher verworfen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist gemäß § 107 Abs.3 Nr.1 GWB präkludiert, da die Ast auf die Vorabinformation vom 08.06.2010 nicht unverzüglich gerügt hat.

Der AG übersandte der Ast unter Verwendung des Formblatts 334 EG eine auf den 08.06.2010 datierte und bei der Ast am 09.06.2010 eingegangene, mit „Information, Absage nach § 13 VGV“ überschriebene Mitteilung. Darin informierte er die Ast darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle. Ihr Angebot werde von der Wertung ausgeschlossen, weil es nicht alle in den Verdingungsunterlagen gestellten Bedingungen erfülle. Die Entscheidung wird damit begründet, dass die Ast eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung für die in den Verdingungsunterlagen geforderte Fassadenplattengröße oder für ein Vergleichsprojekt erteilte Zustimmung im Einzelfall nicht vorgelegt habe. In der Mitteilung wurde außerdem der Name der für den Zuschlag vorgesehenen Firma sowie das Datum der beabsichtigten Zuschlagserteilung genannt.

In einem auf den 18.06.2010 datierten Schreiben (beim AG als Fax eingegangen am selben Tag) rügte die Ast „die Nichtberücksichtigung unseres Angebots“ und erläuterte dies.

Nach § 107 Abs.3 Nr.1 GWB ist ein Nachprüfungsantrag u.a. unzulässig, wenn der Antragsteller (vermeintliche) Verstöße gegen Vergabevorschriften nicht unverzüglich rügt. Die hier durch die Ast erhobene Rüge war nicht mehr „unverzüglich“. Die Mitteilung des AG ist ihr am 09.06. - einem Mittwoch - zugegangen; die Rüge ist jedoch erst am 18.06. - einem Freitag - erfolgt, also erst nach 9 oder 10 Tagen. Für die Frage, wann eine Rüge noch „unverzüglich“ ist, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. In Anbetracht dessen, dass der AG - gleichgültig, ob die gegebene Begründung für die Nichtberücksichtigung/ den Angebotsausschluss zutreffend war - hier mit einer Mitteilung über ihren *Ausschluss* konfrontiert war und der Grund des Ausschlusses (bauaufsichtliche Zulassung bzw. Zustimmung im Einzelfall bzgl. Abmessung der Paneelen) schon zuvor in Gesprächen und Schriftverkehr Gegenstand der Erörterung war, wäre es der Ast daher ohne weiteres möglich gewesen, ihre Rüge gegen den Ausschluss und die im Rügeschreiben vom 18.06. vorgetragenen Gründe ohne längere Überlegungsfrist schon innerhalb von wenigen (d.h. 3-4, spätestens 5) Werktagen vorzubringen.

Präkludiert, d.h. nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist damit nicht nur die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Forderung einer bauaufsichtlichen Zulassung bzw. Zustimmung im Einzelfall, sondern die Ausschlussentscheidung der AG selbst. Die Rügepräklusion hat sowohl zur Folge, dass der zu spät beanstandete Vergabevorgang im Verhältnis zu dem Bieter, der seiner Rügeobliegenheit nicht nachgekommen ist, als vergaberechtskonform behandelt wird, als auch die verfahrensrechtliche Konsequenz, dass eine auf den nicht gerügten Vergaberechtsverstoß gestützter Nachprüfungsantrag unzulässig ist (OLG Koblenz v. 03.04.2008 - Beschl.1 Verg 1/08 m.w.N.).

An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass der AG nochmals ein auf den 23.06.2010 datiertes Informationsschreiben an die nicht berücksichtigten Bieter gesandt hat. Der AG erklärt dies mit dem in der Mitteilung vom 08.06.versehentlich enthaltenen Hinweis auf § 13 VgV anstelle von § 101 a GWB. Mit dieser Mitteilung wurde keine neue Rügemöglichkeit eröffnet und somit auch nicht die inzwischen eingetretene Präklusion wieder beseitigt.

Die die Rügeverpflichtung auslösende Mitteilung vom 08.06. war trotz des unzutreffenden Hinweises auf § 13 VgV nicht fehlerhaft. Sie enthielt alle für eine wirksame Vorabinformation notwendigen Angaben und löste damit den Beginn der Rügeverpflichtung und die damit verbundene „Rügefrist“ aus. Die erst nach dem Rügeschreiben vom 18.06. erfolgte nochmalige Mitteilung stellte lediglich eine nachträgliche Richtigstellung der zunächst genannten, aber nicht mehr aktuellen Vorschrift dar, in der die Pflicht der Vergabestelle zur Vorabinformation geregelt ist, denn hinsichtlich des relevanten Inhalts (die geänderte Zuschlagsfrist spielt insoweit keine Rolle) blieb die Mitteilung vom 23.06. gegenüber derjenigen vom 08.06. unverändert. Mit der nicht unverzüglich erhobenen Rüge vom 18.06. war somit die Rügemöglichkeit gegenüber der Information über den Ausschluss vom 08.06. „verbraucht“ und ist auch nicht mehr mit dem späteren „Korrekturschreiben“ aufgelebt.

2. Die von der Ast - unter Hinweis auf die Entscheidung des EuGH vom 28.01.2010 (Rs. C - 406/08) - in ihrem (nicht nachgelassenen) Schriftsatz vom 18.08.2010 geäußerte Ansicht, die Rügepräklusion nach § 107 Abs.3 Nr.1 GWB sei derzeit nicht anwendbar, was auch von den Vergabekammern Rheinland - Pfalz und Hamburg so gesehen werde, wird von der 1. VK Hessen *nicht* geteilt (Anm.: die Frage der derzeitigen Anwendbarkeit der genannten Vorschrift wäre von der Kammer auch von Amts wegen angesprochen worden). Der EuGH geht - nach dem Verständnis der Kammer - von einem anderen Sachverhalt und einer anderen Fragestellung aus, als sie hier zugrunde liegt.

In dem vom EuGH zu entscheidenden Fall ging es um die Frist, innerhalb derer ein (Nachprüfungs-) *Verfahren* nach englischem Recht *einzuweisen* ist, im Fall des § 107 Abs.3 Nr.1 GWB hingegen um eigenständige Mitwirkungs-/ Handlungspflichten eines Bieters im Vorfeld eines Nachprüfungsverfahrens.

Es ist zwar richtig, dass der Rechtsbegriff der Unverzüglichkeit nicht als eine ganz bestimmter fest umrissener Zeitraum (von der Rechtsprechung allerdings auf maximal 14 Tage begrenzt) bestimmt ist, sondern die Umstände des Einzelfalls eine Rolle spielen. Von einer „nicht vorhersehbaren Dauer“ der Frist, die der EuGH in seiner Entscheidung angenommen hat, kann jedoch bei der deutschen Rechtslage keine Rede sein.

Schließlich trifft auch der eigentlich tragende Grund, den der EUGH für die Unvereinbarkeit der englischen Regelung mit der einschlägigen Richtlinie genannt hat, für die deutsche Rechtssituation nicht zu, denn anders als im Urteil (vgl. Leitsatz Nr.2 und die Erwägungsgründe zu Rdnrn. 42, 43) stellt die deutsche Vorschrift die Entscheidung gerade nicht in das (*freie*) *Ermessen* des nationalen Gerichts; vielmehr handelt es sich um einen der uneingeschränkten Überprüfung unterliegenden unbestimmten Rechtsbegriff.

Die Kammer hat sich bereits in ihrem Beschluss VK 15/ 2010 vom 02.08.2010 mit der Entscheidung des EuGH ausführlich auseinandergesetzt und dazu ausgeführt:

Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der Fassung

der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge steht der Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB - auch unter Berücksichtigung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. Januar 2010 (C- 406/08 - Uniplex (UK) Ltd. -, Juris) - nicht entgegen. Nach Überzeugung der Kammer beruht die Diskussion um die Anwendbarkeit des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB in erster Linie auf einem sprachlichen Missverständnis im Hinblick auf die deutsche Übersetzung des vorerwähnten Urteils (1.). Hinzukommt, dass die Frage, ob eine Rüge rechtzeitig erhoben wurde, nicht im freien Ermessen der Vergabekammern und -senate steht, wie dies bei den Regelungen der Fall war, über die der Gerichtshof der Europäischen Union zu entscheiden hatte. Insoweit schließt sich die erkennende Kammer den zutreffenden Ausführungen des OLG Dresden in seinem Beschluss vom 7. Mai 2010 (WVerg 6/10 - Juris) an (2.).

- i. Der Gerichtshof der Europäischen Union führt im 2. Leitsatz seines Urteils vom 28. Januar 2010 (a.a.O.) aus, Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 92/50 geänderten Fassung stehe einer nationalen Bestimmung entgegen, auf deren Grundlage ein nationales Gericht einen Nachprüfungsantrag, der auf die Feststellung eines Verstoßes gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge oder auf die Erlangung von Schadensersatz wegen Verstoßes gegen diese Vorschriften gerichtet ist, in Anwendung des nach Ermessen beurteilten Kriteriums der Unverzüglichkeit der Verfahrenseinleitung wegen Fristversäumnis zurückweisen kann. In der englischen Fassung lautet der 2. Leitsatz der Entscheidung: „Article 1(1) of Directive 89/665, as amended by Directive 92/50, precludes a national provision, [...] which allows a national court to dismiss, as being out of time, proceedings seeking to have an infringement of the public procurement rules established or to obtain damages for the infringement of those rules on the basis of the criterion, appraised in a discretionary manner, that such proceedings must be brought promptly.“ In der französischen Fassung lautet der 2. Leitsatz der Entscheidung: „L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665, telle que modifiée par la directive 92/50, s'oppose à une disposition nationale, [...] qui permet à une juridiction nationale de rejeter comme forclos un recours tendant à constater la violation des règles de passation des marchés publics ou à obtenir des dommages-intérêts pour la violation de ces règles en application du critère, apprécié de manière discrétionnaire, selon lequel de tels recours doivent être formés promptement.“

Die Substantivierung der im Englischen und Französischen gebrauchten Adverbien „promptly“ bzw. „promptement“ ist jedenfalls unglücklich: Da es zu der naheliegenden Übersetzung mit dem Adverb „sofort“ kein entsprechendes Substantiv gibt, wird mit dem Begriff der „Unverzüglichkeit“ ein Wort benutzt, das aufgrund der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB im deutschen Recht mit einem gänzlich anderen Inhalt besetzt ist, als das eigentlich gemeinte „sofort“. Als bloßes Synonym zu dem Begriff „sofort“ mag die Übersetzung mit „dem Kriterium der Unverzüglichkeit“ zutreffend gewählt sein. In einem von Juristen rezipierten Text ist

eine solche Übersetzung dagegen fehl am Platz. Eine Rückübersetzung des deutschen Begriffes „unverzüglich“ in seiner durch § 121 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmten Bedeutung würde dementsprechend auch nicht zu den Vokabeln „promptly“ / „promptement“ führen, sondern im Englischen mit „at the earliest possible opportunity“, im Französischen mit „dans les moindres délais“ übersetzt werden (vgl. beispielsweise Art. 33 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG).

Gegenstand der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. Januar 2010 (a.a.O.) waren damit Regelungen, die einen gerichtlichen Ermessensspielraum eröffnen, der von der „sofortigen“ Einlegung eines Rechtsmittels bis zu einer Rechtsmitteleinlegung nach drei Monaten reicht.

- II. Die Kammer geht aufgrund dessen davon aus, dass die Regelung des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB von der Entscheidung des Gerichtshofes jedenfalls nicht unmittelbar betroffen ist. Mittelbar kann sich die Entscheidung nur dann auswirken, wenn mit der Vorschrift eine ähnliche Rechtsunsicherheit verbunden wäre, wie dies bei einer ins freie Ermessen des nationalen Gerichts gestellten Frist der Fall ist. Dass dies nicht der Fall ist, hat das OLG Dresden in seinem Beschluss vom 7. Mai 2010 (a.a.O.), dem sich die Kammer insoweit anschließt, zutreffend dargelegt.

Ergänzend wird auch auf die Entscheidungen 1. VK Bund v.05.03.2010 - VK 1 - 16/10 und OLG Dresden v. 07.05.2010 - W Verg - 0006/10 (offen gelassen von OLG Schleswig-Holstein v. 02.07.2010 - Beschl. 1 Verg 1/10) verwiesen.

3. Ergänzend weist die Kammer auch darauf hin, dass auch einzelne „Beanstandungen“ der Ast, sofern sie als Rüge verstanden werden sollten, präkludiert wären. Ausführungen hierzu erscheinen zumindest der Vollständigkeit halber angebracht, weil die Ast schriftsätzlich einerseits vorgetragen hat, es werde weder das Leitfabrikat noch der Glasüberstand gerügt, andererseits kritisiert, dass nur Angebote mit dem Leitfabrikat eine Chance gehabt hätten und das Leitfabrikat mit dem Glasüberstand nicht zuschlagsfähig sei.
4. Präkludiert wäre gemäß § 107 Abs.3 Nr.3 GWB eine etwaige Rüge gegen die Angabe eines Leitfabrikats im Leistungsverzeichnis. Die Ast kann daher insbesondere nicht mehr vortragen, die Ausschreibung sei auf das Leitfabrikat zugeschnitten gewesen. Das Leitfabrikat war in den Verdingungsunterlagen (LV) konkret genannt und der Ast damit bekannt, ohne dass sie es bis zur Frist zur Abgabe des Angebots beanstandet hat. Abgesehen davon neigt die Kammer zu der Ansicht, dass hier im Hinblick auf die besonderen, in Textform kaum darzustellenden gestalterischen Anforderungen an die Fassadenverkleidung die Nennung eines Leitfabrikats gerechtfertigt war.
5. Außerdem spricht vieles für eine Präklusion gem. § 107 Abs.3 Nr.3 (oder jedenfalls Nr.1) GWB bzgl. der „Rüge“, mit der sich die Ast gegen die Berücksichtigung des u.a. von der Beigeladenen angebotenen Leitfabrikats wendet, weil dieses für den umlaufenden Glasüberstand von ca. 20 mm ebenfalls keine bauaufsichtliche Zulassung habe, wovon sie erst Ende Juni erfahren habe und daher erst mit Schreiben vom 30.06. hätte rügen können.

6. Das Leitfabrikat und die technisch-gestalterische Anforderungen (u.a. bzgl. des Glasüberstandes) waren der Ast aus dem LV bekannt. Wie die Ast selbst ausgeführt hat, bieten nur die Firmen A [REDACTED] und S [REDACTED] Paneelen in der für die Außenwandverkleidung in Frage kommenden Art an. Als das beauftragte Büro am 26.04. und danach den Nachweis der bauaufsichtlichen Zulassung für das von der Ast angebotene Produkt - insbesondere auch hinsichtlich der Abmessungen - forderte, und nachdem auch deutlich wurde, dass insoweit Zweifel bestanden, wäre es aus Sicht der Kammer zur Erhaltung der Zuschlagschancen der Ast nahezu zwingend gewesen, dass sie sich auch über die Zuschlagsfähigkeit des Leitfabrikats kundig macht. Spätestens aber nach der Mitteilung nach § 13 VgV (also seit 09.06.) hätte Anlass bestanden, sich um die Frage der Zuschlagsfähigkeit des Leitfabrikats zu kümmern. Außerdem geht die Kammer davon aus, dass bei nur zwei Herstellern derartiger Produkte die Besonderheiten und Abweichungen des Konkurrenzprodukts zu dem eigenen ohnehin bekannt sind, somit die Erkenntnis der aus ihrer Sicht nicht vorhandenen bauaufsichtlichen Zulassung für Platten mit Überstand bei ihr bekannt war oder jedenfalls alsbald hätte erlangt und daher auch sehr viel früher als am 30.06. hätte vorgetragen werden können. Alles andere würde sich für die Kammer -auch in Anbetracht der Mitwirkungspflichten der Bieter im Vergabeverfahren - als mutwilliges Verschließen vor leicht zu erlangenden Erkenntnissen darstellen.

Ob das Schreiben vom 30.06. als Rügeschreiben i. S. des GWB angesehen werden kann, ist zumindest zweifelhaft. Die Ausführungen darin knüpfen zwar an die Ausschlussmitteilung an und greifen Aspekte des seitherigen Vergabeverfahrens auf. Jedoch wird - auch im Zusammenhang mit dem kurz darauf beim LG Darmstadt gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung - deutlich, dass es der Ast zwar um die Rückgängigmachung der Ausschlussentscheidung ging, jedoch dieses Schreiben der Vorbereitung des zivilrechtlichen Vorgehens diene, denn es wird ausdrücklich angeführt, dass das vorliegende Vergabeverfahren im „Unterschwelbereich“ liege und die Ast Rechtsschutz vor den Zivilgerichten in Anspruch nehmen werde.

7. Präkludiert wäre auch die Rüge der Ast gegen die Forderung des AG nach Vorlage einer bauaufsichtlichen Zulassung bzw. einer Zustimmung im Einzelfall für das von ihr angebotene Produkt. Bei dem Vortrag der Ast ist zutreffend, dass dieser Nachweis nicht schon in den Verdingungsunterlagen verlangt war. Ob die Ansicht des AG, im Hinblick auf § 21 Nr.2 VOB/A seien Gleichwertigkeitsnachweise bereits mit dem Angebot vorzulegen gewesen, zutrifft, mag offen bleiben. Zu prüfen wäre hier, ob es sich bei den technisch - gestalterischen Vorgaben für die Wandverkleidung um technische Spezifikationen i. e. S. handelt, was zumindest nach der Rechtsprechung (OLG München und Düsseldorf) fraglich erscheinen könnte. Jedenfalls durfte der AG den Nachweis nach der Prüfung der Angebote verlangen (§ 24 Nr.1 VOB/A). Der Auftraggeber kann nicht nur Art und Umfang der geforderten Leistung bestimmen, sondern auch Qualitätsnachweise (Zertifikate, technische Prüfzeugnisse etc.) fordern. Nach der genannten Vorschrift steht es dem AG

auch zu, sich z.B. über das Angebot selbst oder die technische Leistungsfähigkeit des Bieters zu unterrichten. Dies hat der AG hier getan. Da er auf das Vorliegen der genannten Zulassung bzw. Zustimmung Wert legte oder deren Vorliegen sogar für erforderlich hielt, durfte er sich zur Prüfung der Geeignetheit des angebotenen Produkts der Ast einen solchen Nachweis fordern. Dass der AG diesen Nachweis erst nach Prüfung der Angebote verlangte, ist naheliegend, um den ohnehin chancenlosen Bietern unnötige Kosten zu ersparen. Andererseits ist es nachvollziehbar, dass der AG Wert darauf legt, den Nachweis schon bei Zuschlagserteilung vorliegen zu haben, um schon bei Beginn der Ausführung der Maßnahme auf der sicheren Seite zu sein. Dass hierdurch der Wettbewerb unzulässig verengt worden wäre, sieht die Kammer nicht, da auch das Produkt der Ast eine Zulassung hat (wenn auch nicht für die hier vorgesehene Abmessung, was der AG aber vorher offenbar nicht wusste). Außerdem hat der AG mehrfach angeboten, auch eine Zustimmung im Einzelfall für ein Vergleichsprojekt genügen zu lassen. Eine wettbewerbswidrige Einschränkung des Bieterkreises ist daher nicht ersichtlich.

Der Ast waren jedenfalls seit den Kontakten mit dem AG bzw. dem beauftragten Büro (beginnend mit dem Schreiben des beauftragten Büros vom 26.04.) die geforderten Nachweise bekannt, ohne dass sie in der Folgezeit hiergegen Einwände vorgetragen hätte. Selbst in den Schreiben der Ast vom 24.06. und der Bevollmächtigten vom 30.06. und im Nachprüfungsverfahren hat die Ast nicht grundsätzlich die Berechtigung des AG bestritten, die genannten Nachweise zu verlangen, sondern lediglich vorgetragen, derartige Forderungen seien nicht oder jedenfalls nicht in den Verdingungsunterlagen gestellt worden. Ersteres ist unzutreffend, letzteres ist richtig, wozu aber oben bereits ausgeführt wurde, dass der AG diese Forderung auch noch im Laufe des Vergabeverfahrens stellen durfte. Es liegt somit entweder keine Rüge vor oder sie ist verfristet.

8. Das Angebot lässt es auch an Eindeutigkeit fehlen, weswegen es auszuschließen wäre. Angebote müssen eindeutig und zweifelsfrei sein und lassen keinen Spielraum für eine subjektive Auslegung durch den Bieter oder den Auftraggeber. Ein Angebot kann nur dann in der Wertung bleiben, wenn es allen Anforderungen der Ausschreibung entspricht.

Bei der Prüfung und Wertung der Angebote darf (oder muss) der Auftraggeber auch Umstände berücksichtigen, die nachträglich eintreten oder ihm bekannt werden und bei einem zunächst als ausschreibungskonform erscheinendes Angebot Zweifel aufkommen lassen. Dies ist hier der Fall.

Im LV war die eine Seitenlänge der Paneelen mit 2,95 m gefordert. Die Ast hat zwar in ihrem Angebot kein abweichendes Maß genannt, was andernfalls ohne weiteres zum Ausschluss wegen Änderung der Verdingungsunterlagen geführt hätte. Jedoch enthält das technische Handbuch der Fa. S. [REDACTED] welches die Ast dem AG auf sein Verlangen nach Produktinformationen und technischen Datenblättern übersandt hatte, die Aussage, dass die Paneele dieses Herstellers „prinzipiell in Formaten *bis 2600 mm* ... lieferbar“

seien. Bei der gebotenen objektiven Betrachtung musste der AG dies so verstehen, dass die Ast die geforderte Abmessung nicht anbieten kann. Darüber hinaus hat der AG dann selbst festgestellt, dass auch die bauaufsichtliche Zulassung für dieses Produkt sich lediglich auf eine Seitenlänge von 2,6 m bezieht. Die Ast hat erst auf ausdrückliche Nachfrage des AG (April/ Mai 2010) erklärt, sie sei auch in der Lage, die geforderte Seitenlänge von 2,95 m herzustellen. Dies ist jedoch - was hier hätte erwartet werden können - weder in einem Anschreiben noch in sonstiger Weise schon mit Angebotsabgabe klarstellend mitgeteilt worden. Die Ast musste damit rechnen, dass der AG Erkundigungen über das Produkt einholen wird. Es wäre daher jedenfalls mit der Vorlage der Produktinformation angebracht gewesen, dem AG einen klärenden Hinweis zu geben, dass auch größere Abmessungen lieferbar sind, aber auch, dass dafür keine bauaufsichtliche Zulassung vorliegt. Die Ast hat damit in fahrlässiger Weise (eine Absicht wird von der Kammer ausdrücklich *nicht* unterstellt) den AG jedenfalls zunächst über einen für ihn wesentlichen Umstand im Unklaren gelassen und damit zumindest gegen vergaberechtliche Mitwirkungspflichten verstoßen.

III.

1. Gemäß § 128 Abs.3 S.1 GWB hat die Ast als unterlegene Beteiligte die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer zu tragen.
2. Die Höhe der Gebühr richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs.2 GWB. Aus dem Auftragswert gem. dem Angebot der Ast ergibt sich unter Berücksichtigung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von den Vergabekammern Hessen angewandt wird, eine Gebühr von 2.600,00 €.
3. Die Ast hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung /- verteidigung notwendigen Auslagen des AG zu tragen, § 128 Abs.4 S.1 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den AG war angesichts der anstehenden Rechtsfragen erforderlich, § 128 Abs.4 S.1 GWB, § 80 HVwVfG.
Ein Kostenausgleich der Beigeladenen findet nicht statt, da sie keinen Antrag gestellt hat.

IV.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht, dem

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main
- Vergabesenat -
Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main,**

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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.

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

