

Leitsätze:

1. Nach § 7 EG Abs. 1 VOB/A a.F. bezweckt das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, die Vorstellungen des Auftraggebers von der gewünschten Leistung in Bezug auf technische Merkmale oder Funktionen, Menge und Qualität für den Auftragnehmer so deutlich werden zu lassen, dass dieser Gegenstand, Art und Umfang der Leistung zweifelsfrei erkennen kann. Dieses Gebot hat sich an der Durchführbarkeit der Leistung zu orientieren und soll die exakte Preisermittlung sowie die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten.
2. Die Leistungsbeschreibung ist dann nicht eindeutig, wenn unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen, die den Bieter im Unklaren lassen, welche Leistung von ihm in welcher Form und unter welchen Bedingungen angeboten werden soll. Die zu erbringende Leistung muss vielmehr so konkret dargestellt sein, dass alle Bewerber die Leistungsbeschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können.
3. Zur Klärung der Frage, welche Leistung durch die Leistungsbeschreibung erfasst wird, ist der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter gem. § 133, 157 BGB einer Auslegung zugrunde zu legen. Neben dem Wortlaut der Ausschreibung sind bei der Auslegung die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigter:
.....
(*Antragstellerin - ASt*)

Vergabestelle:
Bevollmächtigte:
.....
(*Vergabestelle - VSt*)

Beigeladene:
(*Beigeladene - BGI*)

Bauvorhaben: *Neubau*

Fachlos: *Metallbauarbeiten, Innentüren*

Vergabeverfahren: *Offenes Verfahren nach § 3 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A a.F.*

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 20.10.2016 durch die Vorsitzende, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

Beschluss:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Das Vergabeverfahren wird zurückversetzt in den Stand vor der öffentlichen Bekanntmachung und ist unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.
Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühren befreit.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb die Metallbauarbeiten, Innentüren für den Neubau im offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

Zuschlagskriterium war laut Vergabeunterlagen der niedrigste Preis.

Schlussstermin zur Einreichung der Angebote war der xx.xx.xxxx.

2.

In Position 0.2.7 des Leistungsverzeichnisses ist folgendes geregelt:

0.2.7 Stoff. Art und Form der Beschläge.

...

Beschläge

Drücker ST:

L-Form-Griff, bei dem zwei Rundstäbe in einem 45°-Gehrungsschnitt zusammengesetzt sind. Drückerhals zur besseren Lastabtragung konisch-zylindrisch aufgeweitet.

Türdrücker Handhabe zylindrisch, Durchmesser ca. 21 mm, Länge ca. 137 mm, Drückerhalslänge ca. 57 mm

Material: Edelstahl rostfrei, seidenmatt

Oberfläche: fein, matt

Klassifizierungsschlüssel gem. DIN EN 1906: 2012-12

4 1 7 1 – 1 0 1 1 1 5 1 0 1 B für Objektüren ohne/mit
Brandschutzanforderungen (lt. Türliste)

Richtfabrikat XXX oder gleichwertig;

angebotenes Fabrikat

Drücker 179:

U-Form-Griff gemäß EN 179, bei dem zwei Rundstäbe in einem 45°-Gehrungsschnitt zusammengesetzt sind. Drückerhals zur besseren Lastabtragung konisch-zylindrisch aufgeweitet.

Türdrücker Handhabe zylindrisch, Durchmesser ca. 21 mm, Länge ca. 137 mm, Drückerhalslänge ca. 57 mm

Material: Edelstahl, rostfrei, seidenmatt

Oberfläche: fein, matt

Klassifizierungsschlüssel gem. DIN EN 1906: 2012-12

4 1 7 1 – 1 B 1 1 1 5 1 0 1 B/U für Objektüren ohne/ mit
Brandschutzanforderungen (lt. Türliste)

Richtfabrikat XXX oder gleichwertig;

angebotenes Fabrikat

3.

Zur Submission am xx.xx.xxxx lagen 3 Angebote vor. Das Angebot der BGI endet bei xxx.xxx,xx € brutto und nimmt damit den 1. Rang ein. Das Angebot der ASt lag mit

x.xxx.xxx,xx € brutto auf dem 3. Rang. Das Angebot auf dem zweiten Rang sei laut Mitteilung der VSt vom 17.08.2016 aus der Wertung ausgeschieden worden.

Unbestritten haben die von der BGI angebotenen Drucker für Rohrrahmentüren die Korrosionsklasse 4.

4.

Am 23.06.2016 teilte die VSt mit, dass das Angebot der ASt den Zuschlag nicht erhalten werde, weil ein niedrigeres Hauptangebot vorliege. Es sei beabsichtigt, den Auftrag an die BGI zu vergeben.

5.

Mit Schreiben vom 23.06.2016 rügte die ASt die beabsichtigte Beauftragung der BGI. Das Angebot der BGI erfülle nicht die Vorgaben des LV zum Drucker. Es gäbe nur ein Produkt das die Vorgaben des LV erfülle. Dieses habe die BGI nicht angeboten.

6.

Die Rüge hat die VSt am 01.07.2016 zurückgewiesen.

7.

Mit Telefax vom 14.07.2016 stellte die ASt Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. § 107 GWB und beantragte:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der BGI zu erteilen.
2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
3. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakten gewährt.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird gem. § 128 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.
5. Die Kosten des Verfahrens werden dem Antragsgegner auferlegt.

Der Antrag sei zulässig und begründet.

Das Angebot der BGI erfülle nicht die Voraussetzungen des LV.

Nur ein Lieferant könne die Türdrucker anbieten, die die VSt mit dem entsprechenden Klassifizierungsschlüssel haben möchte.

Nach Kenntnis der ASt habe nur die ASt bei diesem Lieferanten eine Anfrage gemacht.

8.

Die Vergabekammer Nordbayern hat den Nachprüfungsantrag am 14.07.2016 der VSt übermittelt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

9.

Mit Schreiben vom 28.07.2016 beantragt die VSt

die Zurückweisung des Antrags.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und unbegründet.

Die ASt habe die Rügefrist des § 107 Abs. 3 GWB a.F. nicht eingehalten.

Die ASt trage vor, dass es sich um eine verdeckte Produktvorgabe in den Vergabeunterlagen handle. Dies hätte die ASt vor Abgabe des Angebots rügen müssen. Die Rüge vom 23.06.2016, eingegangen erst am 28.06.2016, sei daher verspätet.

Auch Unklarheiten im LV habe die ASt nicht gerügt.

Der beabsichtigte Zuschlag an die BGI sei zudem nicht zu beanstanden.

Die von der BGI angebotene Leistung entspreche dem Leistungsverzeichnis.

Das Leistungsverzeichnis sei zwar auszulegen, da das Richtfabrikat nicht dem angegebenen Klassifizierungsschlüssel entspreche. Es sei für Korrosionsbeständigkeit die Stufe 5 gefordert. Das Richtfabrikat XXX bei Rohrrahmentüren habe aber nur Stufe 4.

Eine sinnvolle Auslegung der Angaben mache deutlich, dass das jeweilige Angebot mit dem Richtfabrikat übereinstimmen müsse.

Andernfalls wären Angebote, die dem Richtfabrikat entsprechen, auszuschließen. Dies sei abwegig.

Da das Angebot der BGI dem Richtfabrikat entspreche und daher gleichwertig sei, sei das Angebot LV-konform.

Unklarheiten im LV könnten nicht zu Lasten der BGI gehen.

Würde das Angebot der BGI ausgeschlossen, würde die VSt das Vergabeverfahren zudem aufzuheben. Bei dem Angebot der ASt handle es sich um einen unangemessen hohen Preis. Es liege daher ein Aufhebungsgrund nach § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A a.F. vor.

10.

Mit Schreiben vom 05.08.2016 nimmt die ASt Stellung.

Die ASt habe nicht eine verdeckte Produktvorgabe gerügt und sei daher auch nicht präkludiert. Die ASt habe allein die Vergabe an die BGI gerügt, weil deren Angebot nicht LV-konform sei.

Die Rüge sei nach dem Absageschreiben vom 23.06.2016 am 28.06.2016 rechtzeitig erfolgt.

Die widersprüchlichen Vergabeunterlagen seien gerade nicht so auszulegen wie die VSt meint. Vielmehr sei das Richtfabrikat hinsichtlich der Technik und der Klassifizierungsschlüssel nicht relevant.

Das Richtfabrikat beziehe sich nur auf die äußere Form des Drückers. Die technischen Daten seien hingegen ausdrücklich benannt.

Insbesondere biete der Hersteller des Richtfabrikats drei verschiedene Linien an. Es sei daher zwingend eine weitere technische Angabe erforderlich gewesen.

Der Klassifizierungsschlüssel sei daher eindeutig vorgegeben.

Über die technische Beschreibung könne sich die VSt nicht im Nachhinein hinwegsetzen.

Eine Gleichwertigkeit sei zudem nicht definiert worden durch die VSt. Die Klasse 5 sei gerade nicht gleichwertig mit der Klasse 4.

Eine Aufhebung der Ausschreibung sei im Übrigen nicht gerechtfertigt.

Die Kostenschätzung der VSt sei falsch gewesen. Das Angebot der ASt entspreche den realistischen Marktpreisen. Die Angebote der beiden anderen Bieter seien niedriger, weil sie nicht LV-konform seien.

11.

Am 08.08.2016 wurde die Firma zum Verfahren beigelegt.

12.

Die Fünf-Wochen-Frist des § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. wurde durch die Vorsitzende zuletzt bis einschließlich 28.10.2016 verlängert.

13.

Im Schreiben vom 05.08.2016 bleibt die VSt bei ihrem zentralen Sachvortrag.

Die ASt habe nicht rechtzeitig gerügt, dass es sich um eine verdeckte Produktaus-schreibung handele.

Jedenfalls sei die Rüge am 28.06.2016 zu spät erfolgt.

Die Auslegung der Vergabeunterlagen durch die ASt sei falsch.

Es sei nicht üblich, ein Richtfabrikat nur zur Veranschaulichung der Optik vorzugeben.

Ein Richtfabrikat diene gerade dazu, die technischen Parameter vorzugeben.

Ein Bieter, der das Richtfabrikat anbiete, könne nicht ausgeschlossen werden.

Die ASt hätte vor ihrer Kalkulation nachfragen können, um sicher zu gehen, was anzubieten sei. Dass sie von Klasse 5 ausgegangen sei und diese kalkuliert habe, sei daher von ihr selbst zu tragen. Sie sei auch gerade nicht ausgeschlossen worden.

Ein Gleichwertigkeitsnachweis sei von der BGI nicht erforderlich, da das Angebot der Ausschreibung entspreche.

Im Übrigen sei der Einzelpreis der streitigen Position so gering, dass er sich gerade nicht auf das Gesamtangebot auswirke. Hätte die BGI den gleichen Hersteller angeboten wie die ASt, wäre ihr Angebot dennoch preislich auf dem ersten Rang.

14.

Auf den Schriftsatz der ASt vom 05.10.2016 wird verwiesen.

15.

In der mündlichen Verhandlung am 20.10.2016 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt und die VSt bleiben bei ihren mit Schriftsätzen vom 14.07.2016 bzw. 28.07.2016 gestellten Anträgen.

Die BGI stellt keinen Antrag.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a)** Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b)** Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB a.F..
- c)** Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB a.F..
- d)** Die Gesamtprojektkosten für den Neubau übersteigen den Schwellenwert von 5,225 Mio. € nach § 2 Abs. 1 VgV a.F..
Das hier streitgegenständliche Fachlos Metallbauarbeiten, Innentüren ist ein Teillos dieser Gesamtmaßnahme. Die VSt ordnet das Los dem 80 %-Kontingent zu (§ 3 Abs. 7 VgV a.F.). Dementsprechend hat sie die Arbeiten als Offenes Verfahren ausgeschrieben. Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung nach §§ 102 ff GWB a.F. festgelegt.

- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht (§ 107 Abs. 2 GWB a.F.).
- f) Die ASt hat am 23.06.2016 die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die BGI unverzüglich gerügt, nachdem sie am 23.06.2016 die Vorinformation erhalten hatte. Eine darüber hinausgehende Rüge der Vergabeunterlagen war vorliegend nicht erforderlich. Die Vergabeunterlagen sind gerade nicht Angriffspunkt des Nachprüfungsverfahrens.
- g) Der Zuschlag an die BGI wurde noch nicht erteilt (§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F.).

2.

Der Antrag ist begründet

Die ASt ist in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Das Leistungsverzeichnis ist nicht eindeutig beschrieben. Die Angebote sind nicht vergleichbar.

Die VSt hat das Verfahren erneut durchzuführen ab Bekanntmachung des Vergabeverfahrens.

a)

Das Leistungsverzeichnis ist nicht eindeutig beschrieben betreffend die Korrosionsklasse der Türgriffe.

Es ist nicht gewährleistet, dass alle Bieter die Beschreibung der Leistung im gleichen Sinne verstehen müssen gem. § 7 EG Abs. 1 VOB/A a.F.

Nach § 7 EG Abs. 1 VOB/A a.F. bezweckt das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, die Vorstellungen des Auftraggebers von der gewünschten Leistung in Bezug auf technische Merkmale oder Funktionen, Menge und Qualität für den Auftragnehmer so deutlich werden zu lassen, dass dieser Gegenstand, Art und Umfang der Leistung zweifelsfrei erkennen kann. Dieses Gebot hat sich an der Durchführbarkeit der Leistung zu orientieren und soll die exakte Preisermittlung sowie die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten (VK Sachsen, B. v. 03.05.2016 – 1/SVK/005-16, VK Bund, B. v. 07.04.2014 – VK 1-15/04).

Die Leistungsbeschreibung ist dann nicht eindeutig, wenn unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen, die den Bieter im Unklaren lassen, welche Leistung

von ihm in welcher Form und unter welchen Bedingungen angeboten werden soll. Die zu erbringende Leistung muss vielmehr so konkret dargestellt sein, dass alle Bewerber die Leistungsbeschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können (Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, 2. Auflage, § 7 VOB/A, Rn. 17).

Das Leistungsverzeichnis erfüllt vorliegend diese Voraussetzung nicht.

Dort ist in der technischen Beschreibung der Türdrücker die Korrosionsklasse 5 vorgegeben. Darunter steht

„Richtfabrikat XXX oder gleichwertig“.

Dieses Richtfabrikat hat jedoch unstreitig bei Rohrrahmentüren nicht die Korrosionsklasse 5. Es ist nur in der Korrosionsklasse 4 erhältlich. So auch der Vortrag der Parteien in der mündlichen Verhandlung.

Das Leistungsverzeichnis enthält somit widersprüchliche Vorgaben.

b)

Das Leistungsverzeichnis ist auch nicht mittels Auslegung einer Eindeutigkeit zuzuführen.

Zwar ist zur Klärung der Frage, welche Leistung durch die Leistungsbeschreibung erfasst wird, der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter gem. § 133,157 BGB einer Auslegung zugrunde zu legen (OLG Köln, B.v. 23.12.2009, 11 U 173/09).

Jedoch ist eine einheitliche Auslegung vorliegend nicht möglich.

Neben dem Wortlaut der Ausschreibung sind bei der Auslegung die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (OLG Köln a.a.O.).

Weder die Auffassung der VSt, dass eine Auslegung zugunsten des Richtproduktes erforderlich ist, noch die Auffassung der ASt, dass eine Auslegung zugunsten der allg. technischen Vorgaben erforderlich ist, überzeugen hier.

Über den Wortlaut hinaus gibt es keine Anhaltspunkte in der gesamten Ausschreibung worauf es der VSt hinsichtlich der Korrosionsbeständigkeit entscheidend ankam.

Der Widerspruch in den Vorgaben lässt sich nicht auflösen.

c)

Die Angebote sind nicht miteinander vergleichbar, so dass die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens der einzige Weg bleibt, die Unklarheit zu beseitigen.

Sind mehrere Möglichkeiten gegeben, den Rechtsverstoß zu korrigieren, muss die Vergabekammer diejenige auswählen, welche die Interessen der Beteiligten möglichst wenig beeinträchtigt (OLG Düsseldorf, B.v. 30.04.2003 – Verg 64/02).

Vorliegend steht kein milderes Mittel zur Verfügung, um den Rechtsverstoß zu korrigieren.

Eine Korrektur im laufenden Vergabeverfahren ist nicht möglich. Die Angebote wurden bereits auf unterschiedlichen Auslegungen des Leistungsverzeichnisses abgegeben. Sie sind daher nicht miteinander vergleichbar. Nur durch eine neue und eindeutige Leistungsbeschreibung kann eine Vergleichbarkeit neu zu erstellender Angebote dann gewährleistet werden.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB a.F.

- a) Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen vollständig unterlegen ist (§ 128 Abs. 3 S. 1 GWB a.F.).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB a.F. i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.
- d) Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keinen Antrag gestellt und damit auch kein Kostenrisiko übernommen. Sie bekommt jedoch gleichermaßen auch keine Aufwendungen erstattet.
- e) Die Gebühr war nach § 128 Abs. 2 und 3 GWB a.F. festzusetzen. Unter Berücksichtigung der Angebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €
- f) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

- g)** Die VSt ist gem. § 128 Abs. 1 GWB a.F. i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....