



69d VK 06/2009

Beschluss

wegen

Vergabe von Bauleistungen nach der VOB/A, Weiterentwicklung xxx 1. BA, Schreinerarbeiten-Holzinnentürblätter

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium in Darmstadt nach mündlicher Verhandlung vom 12. März 2009 durch die Vorsitzende RD´ in Charlotte Mania, die hauptamtliche Beisitzerin ROR´ in Jutta Jensen- Löbl und die ehrenamtliche Beisitzerin RA´ in Dr. Evelin Portz am 24. März 2009 beschlossen:

- I. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei fortbestehender Vergabeabsicht das Verfahren fortzusetzen und das Angebot der Ast unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu werten. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
- II. Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin und die Antragsgegnerin je zur Hälfte.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von Euro 2.612,00 festgesetzt, hiervon haben die Antragstellerin und die Antragsgegnerin jeweils Euro 1.306,00 zu zahlen.
- IV. Die außergerichtlichen Kosten der Parteien werden gegeneinander aufgehoben. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Parteien wird für notwendig erklärt.

Sachverhalt

Die Antragsgegnerin (im Folgenden: **Ag**) hat Bauleistungen für die Weiterentwicklung des xxx Bauabschnitt hier: Schreinerarbeiten-Holzinnentürblätter, ausgeschrieben. Die Antrag-

stellerin (im Folgenden: **Ast**) beteiligte sich an diesem Verfahren und führte erfolgreich das Nachprüfungsverfahren 69 d VK 60 /2008 vor der 2. Vergabekammer des Landes Hessen durch. Mit Beschluss der Vergabekammer vom 15.12. 2008 wurde die Ag verpflichtet, die Wertung aller Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Dies tat die Ag und kam zu dem Schluss, dass das Vergabeverfahren aufgehoben werden müsse, weil keines der eingegangenen Angebote die Ausschreibungsbedingungen erfülle. Mit Schreiben vom 26.01.2009 teilte die Ag dies der Ast unter Hinweis auf § 26 Nr.1 lit. a VOB/A mit. Ferner teilte sie mit, dass ein neues Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden solle.

Die Ast rügte mit Schreiben vom 28.01.2009 die Aufhebung des Verfahrens und hielt die Voraussetzung des § 26 Nr.1 lit. a VOB/A nicht für gegeben, da zumindest ihr Angebot vollständig und wertbar gewesen sei. Sie begehrte daher die Aufhebung der Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens und fragte nach näheren Informationen über die Gründe, die zur Nichtwertbarkeit ihres Angebotes geführt hätten.

Die Ag antwortete durch das Architekturbüro xxxr, wies die Rüge zurück und nannte zunächst keine weiteren Gründe für die Aufhebung.

Nach Intervention der Bevollmächtigten der Ast vom 03.02.2009, die nochmals auf Mitteilung der Gründe gerichtet war, teilten die Prozessbevollmächtigten der Ag mit Schreiben vom 06.02.2009 mit, dass man sich außerstande sehe, die Aufhebungsentscheidung rückgängig zu machen. Als Grund für den zwingenden Ausschluss des Angebotes der Ast wurde mitgeteilt, die Ast habe unter Position 2.16 des LV ein Produkt angeboten, das so zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bzw. des Ablaufs der Angebotsfrist tatsächlich (nach Einholung entsprechender Informationen beim Hersteller) nicht existent sei. Damit seien die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt gewesen und der zwingende Ausschluss unvermeidlich geworden.

Im Übrigen sei die Ast mit ihrer Rüge präkludiert, da die Ag bereits mit Schriftsatz vom 09.12.2009 im Rahmen des Verfahrens 69 VK 60/2008 darauf hingewiesen habe, dass hinsichtlich der Position 2.16 ein Ausschlussgrund in dem Angebot der Ast vorliege. Dieses Vorbringen sei aber in dem seinerzeitigen Verfahren nicht mehr berücksichtigt worden, worauf die VK in ihrem Beschluss auch hingewiesen habe (Seiten 8 und 12 des Beschlusses vom 15.12.2008). Eine Rüge sei seitens der Ast daher jedenfalls unverzüglich nach Zustellung des Beschlusses der VK (18.12.2008) erforderlich gewesen, da sie nicht habe da-

von ausgehen können, dass die Ag bei der nachfolgenden Wertung eine andere Auffassung vertreten würde.

Mit Schreiben vom 12.02.2009 stellte die Ast den auf Aufhebung der Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens gerichteten Nachprüfungsantrag. Sie ist der Ansicht, dass die Aufhebungsentscheidung der Ag rechtswidrig sei und sie in ihren Rechten aus § 97 GWB verletze, insbesondere drohe ihr dadurch, dass sie ihre im bisherigen Verfahren erlangte Position und Zuschlagschance verlöre, ein wirtschaftlicher Schaden. Bei fortbestehender Vergabeabsicht könne die Fortsetzung des ursprünglichen Verfahrens verlangt werden, wenn der Auftraggeber- wie vorliegend - zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass kein wertbares Angebot vorliege.

Die Aufhebungsentscheidung habe sie mit ihrem Schreiben vom 28.01.2009 auch unverzüglich gem. § 107 Abs. 3 GWB gerügt. Ein Schriftsatz der Ag vom 09.12.2008 in dem vorangegangenen Verfahren 69 VK 60/2008, in dem diese angeblich hinsichtlich der Position 2.16 einen Ausschlussgrund für das Angebot der Ast genannt habe, sei ihr nicht bekannt gegeben worden. Der Beschluss der VK vom 15.12.2008 sei am selben Tag per Fax mit Empfangsbekanntnis zugestellt, am 17.12.2008 sei noch ein Schriftsatz der seinerzeitigen Beigeladenen zur Kenntnisnahme weitergeleitet worden und am 18.12.2008 der Beschluss im Original zugegangen. Von weiteren Schriftsätzen sei der Ast nichts bekannt geworden. Auch aus den Entscheidungsgründen des Beschlusses seien keine Anhaltspunkte für einen Ausschlussgrund in einem Schriftsatz vom 09.12.2008 erkennbar geworden. Die Ast habe sich auch nicht danach nachträglich erkundigen müssen.

Da sich die Ag auch nicht an die Ast gewandt habe, um bei der Neuwertung aufgetretene Unklarheiten auszuräumen, sei ihr erst nach Zugang der Entscheidung der Ag die Rüge möglich gewesen. Eine vorbeugende Rügepflicht kenne das GWB nicht.

Der von der Ag vorgenommene Ausschluss sei zu Unrecht erfolgt. Nach § 26 Nr. 1 lit. a VOB/A sei die Aufhebung einer Ausschreibung regelmäßig dann möglich, wenn kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspreche. Solange auch nur eines der eingegangenen Angebote wertbar sei, seien die Voraussetzungen für eine Aufhebung nicht erfüllt. Das Angebot der Ast sei wertbar, eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen in Bezug auf Position 2.16 liege nicht vor.

Position 2.16 laute:

„Objekt- Türdrückergarnitur genau wie in Position 2.8 beschrieben, jedoch Ausführung als Brandschutzgarnitur für T30-RS-Türen, Türdicke ca. 50 mm.“....

Unter Position 2.8 des Leistungsverzeichnisses seien die Türdrückergarnituren wie folgt beschrieben worden:

„Objekt- Türdrückergarnituren mit Kurzschild gem. nachfolgenden Skizzen, Ausführung in Edelstahl rostfrei, matt gebürstet, vorgerichtet für Profilylinder. Drücker an der Schildunterkonstruktion mittels Ausgleichslager festdrehbar gelagert, um axiale und vertikale Kräfte abzufangen (...).“

Zusammengefasst sei also unter 2.16 eine Drückergarnitur als Brandschutzgarnitur mit Ausgleichslager gefordert.

Die Ast habe unter 2.16 ein Fabrikat des Herstellers xxx angeboten und als Garniturtyp „AGL 1 in Edelstahl“. Dabei stehe „AGL“ für das in 2.8 geforderte Ausgleichslager. Unter der Produktfamilie „Modell 1070“ biete die Fa. xxx im aktuellen Produktkatalog als Typ „2“ einen Objektbeschlag mit Ausgleichslagertechnik und als Typ „1“ einen Feuerschutzbeschlag/ EN 179 an.

Dabei handele es sich um Serientypen. Die Fa xxx liefere aber natürlich auch Sonderanfertigungen, sofern diese technisch möglich seien; die Lieferung von Drückergarnituren mit Ausgleichlagertechnik und Feuerschutzbeschlag sei nach Auskunft der Fa. xxx möglich, deshalb habe die Ast dies so angeboten. Es gebe auf Grund dieser Auskunft auch keine greifbare Unsicherheit bezüglich der Verfügbarkeit des angebotenen Sonderfabrikats für die Ast.

Mit dem Angebot habe die Ast verdeutlichen wollen, dass sie beide geforderten Parameter anbieten könne. Abweichungen in den Angaben der Ast zu den Forderungen in den Verdingungsunterlagen ergäben sich somit nicht. Ein Ausschluss ihres Angebotes nach § 26 Nr.1 lit. a VOB/A habe daher aus diesem Grund nicht vorgenommen werden können.

Auch die Annahme der Ag, das angebotene Produkt sei nicht existent, sei jedenfalls unzutreffend und berechtige nicht zu einem Ausschluss der Ast. Die Tatsache, dass die Typenbezeichnung für ein angebotenes Produkt nicht im Hauptsortiment des Herstellers auftauche, rechtfertige noch nicht die Annahme, dass es ein Fabrikat, das über die ausgeschriebenen Leistungsanforderungen verfügt, nicht gebe. Ein Bieter könne auch

Produkte anbieten, über die er noch nicht verfüge, ohne dass er eine entsprechende Lieferzusage des Herstellers beibringen müsse.

Auch auf nochmalige Nachfrage der Ast bei der Fa. xxx habe man ihr bestätigt, dass Drückergarnituren mit Ausgleichslagertechnik und Brandschutzbeschlag als Sonderanfertigung geliefert werden könnten. Hierüber hätte die Ast die AG auch ohne Weiteres aufklären können, wenn diese bei ihr entsprechend Rückfrage gehalten hätte. Wenn die Ag der Meinung gewesen sei, die Ast habe etwas angeboten, das gar nicht existiere und folglich auch nicht geliefert werden könne, so könne von der Ag erwartet werden, dass sie bei der Ast als Bieterin entsprechend nachgefragt und um Auskunft gebeten hätte. Es sei vollkommen unüblich, sich in diesem Zusammenhang allein auf Erkundigungen des Architektenbüros bei der Herstellerfirma zu verlassen, anstatt von der gemäß § 24 Nr.1 VOB/A vorgesehenen Aufklärung beim Bieter Gebrauch zu machen.

Die **Antragstellerin** beantragt,

1. die Antragsgegnerin anzuweisen, bei fortbestehender Vergabeabsicht das ursprüngliche Vergabeverfahren mit der Antragstellerin fortzusetzen;
2. der Antragsgegnerin zu untersagen, für das streitgegenständliche Gewerk Schreinerarbeiten / Holzinntüren ein neues Vergabeverfahren durchzuführen;
3. festzustellen, dass ein Aufhebungsgrund nach § 26 VOB/A nicht vorliege und das Angebot der Antragstellerin wertungsfähig sei;
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
5. die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Die **Antragsgegnerin** beantragt,

1. den Antrag auf Vergabenachprüfung zurückzuweisen,
2. die Kosten des Vergabenachprüfungsverfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen,
3. die der Antragsgegnerin zur Wahrnehmung ihrer Rechte entstandenen Kosten für notwendig zu erklären.

Sie ist der Auffassung, dass es der Ast bereits an der notwendigen Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB ermangelt, da ein vergaberechtlicher Verstoß der Ag nicht vorliege. Das Angebot der Ast sei zwingend auszuschließen, da es den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht entspreche. Auf ein solches Angebot dürfe die Ag nicht den Zuschlag erteilen, so dass die Ast unabhängig von der Aufhebungsentscheidung nicht zur Beauftragung ihres Angebots gelangen könne.

Bei dem von der Ast angebotenen Produkt handele es sich um eines, das entgegen ihrem Vortrag tatsächlich nicht existiere bzw. bei dem von ihr benannten Hersteller nicht erhältlich sei. Das Angebot der Ast mit der Typenbezeichnung "7670 04" stehe für eine Türdrückergarnitur mit einem Feuerschutzbeschlag EN 179. Unter der Produktfamilie „Modell 1070“ biete sie ein Produkt der Fa. xxx an, das im aktuellen Produktkatalog als Typ 2 "7270 04" einen Objektbeschlag mit Ausgleichlagertechnik beinhalte. Daraus folge, dass der Garnitortyp "7670 04" nicht, wie gefordert, über eine Ausgleichlagertechnik verfüge. Aus dem Handbuch der Herstellerfirma werde zudem deutlich, dass es serienmäßig keine Türdrückergarnitur mit Ausgleichlagertechnik und Feuerschutzbeschlag gebe.

Unzutreffend sei die Behauptung, dass die Fa. xxx Drückergarnituren mit Ausgleichlagertechnik und Feuerschutzbeschlag liefere, denn die Ag habe sich, nachdem sie anhand des Handbuches ihre Feststellungen getroffen habe, zu Zwecken der Angebotsaufklärung an die Fa. xxx gewandt. Auf telefonische Anfrage des von ihr beauftragten Architekturbüros habe die technische Abteilung der Fa. xxx mitgeteilt, dass Türdrückergarnituren mit Ausgleichlagertechnik und Feuerschutzbeschlag zur Zeit in der Prüfung, aber noch nicht auf dem Markt erhältlich seien. Eine weitere Anfrage des Architekturbüros bei einem Großhändler für Bau- und Industriebedarf habe ebenfalls ergeben, dass Feuerschutztüren der Fa. xxx nicht mit AGL lieferbar seien. Demzufolge habe die Ast etwas angeboten, was nicht existent bzw. nicht lieferbar sei.

Soweit die Ast den Vorwurf erhebe, dass die Ag kein Aufklärungsgespräch mit ihr gesucht habe, sei festzuhalten, dass eine Verpflichtung der Ag hierzu nicht bestehe, ebenso wenig wie ein dahingehender Anspruch des Bieters, der ein unklares Angebot vorgelegt habe. Unklarheiten über die Verfügbarkeit des angebotenen Produkts hätte die Ast bereits durch die Vorlage von Produktdatenblättern des Herstellers, die sie der Ag hätte zukommen lassen können, ausräumen können.

Selbst mit Einreichung des Nachprüfungsantrages habe die Ast keine Bestätigung der Fa xxx vorgelegt, aus der sich die gesicherte Verfügbarkeit des angebotenen Garnitur-

typs AGL 76870 hätte ergeben können. Die mit Schreiben der Fa. xxx vom 25.02.2009 vorgenommene Bestätigung (als Anl. Ast 7 zu den Akten gereicht) habe die Fertigung vielmehr unter den Vorbehalt einer Einzelentscheidung gestellt. Ein solches Angebot entspreche nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses und sei demzufolge zwingend auszuschließen gewesen.

Des Weiteren fehle es an einer den Anforderungen des § 107 Abs. 3 GWB gerecht werdenden rechtzeitigen Rüge durch die Antragstellerin. Spätestens mit Zustellung des Beschlusses der VK Hessen vom 15.12.2008, also mit dem 18.12.2008, hätte die Ast positive Kenntnis von den maßgeblichen Umständen den zwingenden Angebotsausschluss betreffend haben müssen. Die Rüge vom 28.01.2009 sei daher verspätet erhoben worden.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet, weil die Aufhebung der Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 lit. a VOB/A rechtmäßig erfolgt sei. Unmittelbar im Anschluss an den Beschluss der VK Hessen vom 15.12.2008 sei eine Neubewertung der Angebote vorgenommen worden, die sich nicht nur auf die Vorgaben der VK Hessen bezüglich der Pos.2.8 des LV beschränkt habe, sondern eine vollständige Wertung aller Angebote hinsichtlich der Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen beinhaltet habe. Dabei habe es der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs.2 GWB geboten, dass die Ag bei erneuter Wertung auch solche Angebote habe ausschließen müssen, bei denen erst nachträglich ein zwingender Ausschlussgrund festgestellt worden sei. So habe es sich bei der Ast verhalten. Insbesondere habe aus den genannten Gründen kein zuschlagsfähiges Angebot von ihr vorgelegen.

Die Aufhebungsentscheidung sei auch nicht etwa wegen unterbliebenem Aufklärungsersuchen bei der Ast rechtswidrig gewesen. Die Ag habe festgestellt, dass keines der eingereichten Angebote den Ausschreibungsbedingungen entsprochen habe und daher im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens die Aufhebung der Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 lit. a VOB/A vorgenommen.

Am 12.03.2009 fand die mündliche Verhandlung mit ausführlicher Erörterung des Sach- und Streitstandes statt.

Entscheidungsgründe

I. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1. Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB liegen vor. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse an dem Auftrag bekundet, § 107 Abs. 2 S. 1 GWB. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sie durch die Verletzung bieterschützenden Vorschriften des Vergaberechts in eigenen Rechten verletzt ist. Die Möglichkeit einer den Vorgaben der VOB widersprechenden Wertung und einer darauf beruhenden Aufhebung des Verfahrens führt dazu, dass ihr ein Schaden zu entstehen droht. Damit ist auch die Voraussetzung des § 107 Abs. 2 S. 2 GWB erfüllt.

2. Die Ast hat die im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts auch unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gerügt. Mit Schreiben vom 28.01.2009 rügte sie die Aufhebung des Verfahrens, die ihr von der Ag mit Schreiben vom 26.01.2009 mitgeteilt worden war, und bat um nähere Auskünfte, warum ihr Angebot nicht habe gewertet werden können. Diese Informationen gingen ihr erst auf wiederholtes Nachfragen mit Schreiben vom 06.02.2009 zu.

Die Ast ist - entgegen der Auffassung der Ag - mit ihrem Vorbringen nicht nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB präkludiert. Hierfür ist nicht allein maßgeblich, dass der Schriftsatz der Ag vom 09.12.2008 in dem Verfahren 60/2008 der Ast zwar nicht mehr zugeing, sie den wesentlichen Inhalt jedoch möglicherweise dem Beschluss vom 15.12. 2008 hätte entnehmen können. Die Ast konnte aus diesem Schriftsatz, der der erkennenden Kammer erst nach Ablauf der für die Einreichung von weiteren Schriftsätzen gewährten Frist zugeing, möglicherweise herauslesen, dass die Ag die Auffassung vertrat, ihr Angebot enthalte hinsichtlich der Pos. 2.16 einen Ausschlussgrund und sei nicht wertbar.

Auch wenn dieser Schriftsatz noch der Ast zugeleitet worden wäre, hätte sie den Ausführungen aber allenfalls entnehmen können, dass die Ag möglicherweise beabsichtigte, ihr Angebot wegen der Nennung eines „nicht existenten“ Produktes auszuschließen. Dies führt jedoch nicht zur Präklusion der Rüge, da zum einen die Rügepflicht in § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB das „Erkennen“ eines Vergabeverstößes erfordert, ein „Erkennenmüssen“ dagegen nicht ausreicht.

Darüber hinaus konnte aus den Ausführungen in dem genannten Schriftsatz lediglich auf eine Auffassung der Ag hinsichtlich des Angebotes der Ast und einen möglicherweise in der Zukunft liegenden Vergabeverstöß - den Ausschluss des Angebotes der Ast - geschlossen werden. Allein die Äußerung einer bestimmten Auffassung begründet für sich allein jedoch keinen Verstoß gegen Vergabevorschriften im Sinne des

§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB. Ein möglicher Verstoß lag also zu diesem Zeitpunkt noch nicht vor. Da das GWB eine „vorbeugende“ Rüge gerade nicht kennt, wird für die Rechtzeitigkeit der Rügerhebung darauf abgestellt, wann der Vergabefehler von der Ast erkannt wurde und nicht, wann er für sie - möglicherweise - erkennbar war.

Die als Präklusionsregel ausgestaltete Vorschrift des § 107 Abs. 3 soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben der Einleitung unnötiger Nachprüfungsverfahren durch Spekulation mit Vergabefehlern entgegenwirken. Sobald ein Bieter daher einen Verfahrensverstoß erkennt, soll er ihn gegenüber dem Auftraggeber unverzüglich (vgl. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) rügen, damit jener den Fehler korrigieren und damit ein Nachprüfungsverfahren vermieden werden kann (OLG München, B. v. 17.09.2007 - Az.: Verg 10/07; B. v. 02.08.2007 - Az.: Verg 7/07; 1. VK Sachsen-Anhalt, B. v. 05.05.2008 - Az.: 1 VK LVwA 3/08; 1. VK Sachsen, B. v. 03.03.2008 - Az.: 1/SVK/002-08).

Dies war der Ast erst möglich, nachdem ihr durch die Ag mitgeteilt worden war, dass das Verfahren aufgehoben worden sei, nachdem die erneute Wertung aller Angebote ergeben habe, dass kein wertbares Angebot vorgelegen hätte, wovon auch ihr

Angebot betroffen sei. Diese Mitteilung ging ihr erst am 26.01.2009 zu, die daraufhin erhobene Rüge datiert vom 28.01.2009.

3. Auch der Antrag, die Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens rückgängig zu machen und das Verfahren fortzusetzen, ist grundsätzlich statthaft (vgl. Beschluss des BGH vom 18.02.2003; X ZB 43/02).

II. Der Nachprüfungsantrag ist auch in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang begründet.

Das Angebot der Antragstellerin ist nicht wegen des Vorliegens eines zwingenden Ausschlussgrundes nicht zuschlagsfähig, die Voraussetzung für eine Aufhebung des Verfahrens gemäß § 26 Nr. 1 lit. a) VOB/A liegt daher nicht vor, die Aufhebung des Verfahrens ist daher aufzuheben und das Verfahren fortzusetzen.

1. Die Antragsgegnerin hat die fehlende Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Ast damit begründet, dass das Angebot der Antragstellerin bei der Position 2.16 ein Produkt enthalte, das nach ihren Erkenntnissen bzw. dem Produktkatalog der genannten Firma nicht existiere.

Unter Zif. 2.16 des Leistungsverzeichnisses war eine „*Objekt- Türdrückergarnitur **genau** wie in Position 2.8 beschrieben, jedoch Ausführung als Brandschutzgarnitur für T30-RS-Türen, Türdicke ca. 50 mm*“gefordert.

Nach Position 2.8 sollte ein „*Objekt- Türdrückergarnituren mit Kurzschild gem. nachfolgenden Skizzen, Ausführung in Edelstahl rostfrei, matt gebürstet, vorgerichtet für Profilylinder. Drücker an der Schildunterkonstruktion mittels Ausgleichlager festdrehbar gelagert, um axiale und vertikale Kräfte abzufangen (. ..)*“ geliefert werden.

Leistungsverzeichnisse sind der Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen zugänglich, wozu auch die Auslegungsregeln der § 133, 157 BGB gehören. Den Maßstab hierfür bildet ein unbefangener und verständiger Leser, der mit der geforderten Leistung in technischer Hinsicht vertraut ist (z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 23.03.2005; VII-Verg 2/05; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. vom 13.04. 2006, 1 (6) Verg 10/05).

Unter Anwendung dieser Gesichtspunkte ist die Beschreibung in der LV-Position 2.16, die eine „*Türdrücker-Garnitur **genau** wie in Position 2.8 beschrieben*“, verlangt, dahin zu verstehen, dass auch das dort geforderte Ausgleichlager vorhanden sein muss. Jedenfalls kann dem Leistungsverzeichnis nicht entnommen werden, dass in Position 2.16 *anstelle* der Ausgleichlagerung eine Ausführung als Brandschutzgarnitur gefordert war. Für den Ast bestand auch keine Veranlassung, daran zu zweifeln, dass es Türdrückergarnituren mit beiden technischen Ausstattungen geben könne, auch wenn sie in dem Produktkatalog der Fa. xxx nicht ausdrücklich genannt war. Hierfür spricht, dass auch die AG lediglich damit argumentiert, die Firma xxx biete ein solches Produkt nicht an, jedoch nicht allgemein die Möglichkeit der Lieferung eines solchen Produktes in Abrede gestellt hat. Auch im Schriftsatz vom 23.02.2009 (Antragserwiderung) hat die Ag ausgeführt, dass der von der Ast angebotene Garnitortyp 1 über eine Ausgleichslagertechnik, „*wie gefordert*“ nicht verfüge.

Mithin war also das Leistungsverzeichnis so zu verstehen, dass unter 2.16 eine Drückergarnitur als Brandschutzgarnitur mit Ausgleichlager gefordert war. Dass die Ag möglicherweise eine andere Interpretation zugrunde gelegt hatte, also alternativ eine Ausgleichlagerung oder die Ausstattung als Brandschutztür meinte, wie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, ist demgegenüber unbeachtlich.

2. Das von der Antragstellerin angebotene Produkt ist nicht in dem Produktkatalog der als Hersteller benannten Fa. xxx enthalten, die Ast hat es jedoch quasi aus zwei

von der Fa. xxx hergestellten Typen, nämlich der Variante mit Ausgleichslager und der mit dem verlangten Feuerschutzbeschlag zusammengestellt. Dieses Produkt ist zwar nach Auskunft der Fa. xxx gegenwärtig noch nicht serienmäßig, sondern nur als Sonderanfertigung erhältlich. Die Fa xxx hat aber eindeutig im Schreiben vom 25.02.2009 an die Ast erklärt, das „xxx- Objekt Serie 76...“ (das mit dem Brandschutzbeschlag versehen ist) mit AGL in Sonderanfertigung auf Einzelentscheidung herstellen zu können.

Auf telefonische Nachfrage vom 26.02.2009 der Kammer bei dem Vertreter der der Fa xxx, der die vorgenannte Erklärung gegenüber der Ast abgegeben hatte, wurde versichert, dass alle Kombinationen bei Türdrückergarnituren möglich seien, diese jedoch in der Tat nicht alle im Kataloghandbuch genannt würden. Die von der Ast so bezeichnete Variante würde im Katalog möglicherweise sogar „AGL 1“ heißen können.

Damit ist nach Auffassung der Kammer hinreichend dargetan, dass das von der Ast angebotene Produkt rechtzeitig herstellbar ist und von der Ast auch eingebaut werden könnte, wenn sie den Zuschlag erhielte. Die Annahme der Ag, das Produkt sei nicht existent, bezieht sich nur auf den Kataloginhalt. Der Rückschluss aber, den sie gezogen hat, dass etwas, was im Katalog nicht enthalten ist nicht existent ist und mithin nicht angeboten werden kann, ist in dieser verkürzten Form nicht haltbar. Die Ast hat mit der Formulierung ihres Angebots vielmehr auf die technischen Spezifikationen „Brandschutzbeschlag mit AGL“, die nach ihrem Verständnis des Leistungsverzeichnisses von der Antragsgegnerin vorgegeben wurden, reagiert und deutlich zu machen versucht, dass sie diese Produkte entsprechend diesen Ausschreibungserfordernissen herstellen lassen kann. Dass es sich bei ihrem Angebot um eine Sonderanfertigung handelt, hat sie zwar nicht ausdrücklich gesagt, allerdings hat es auch die Ag versäumt, im Leistungsverzeichnis darauf hinzuweisen, dass sie bei Angeboten von Sonderanfertigungen eine entsprechende Kennzeichnung wünscht.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass es bei einem Lieferauftrag grundsätzlich ausreicht, wenn der Bieter in der Lage ist, das angebotene Produkt zum für die Leistungserbringung vorgesehenen Zeitpunkt zu liefern. (vgl. Bay. ObLG, Beschluss vom 05.11.2002, Verg 22/02 m.w.N.)

Sofern die Ag daran gezweifelt hat, ob dem tatsächlich so ist und die Ast ein real existierendes Produkt würde liefern können, hätte sie diesbezüglich eine Aufklärung anfordern können. Nichts spricht dagegen, wenn sich ein Auftraggeber bei Unklarheiten über ein Angebot beim Bieter über nähere Einzelheiten informiert. Stattdessen hat es

die Ag vorgezogen, anderweitige Informationen einzuholen; diese stammten dann zwar vom von der Ast genannten Hersteller, waren aber dennoch mit dem Risiko einer fehlerhaften Auskunft behaftet, denn die Sicherheit exakt Auskunft darüber zu bekommen, was die Ast genau mit der Herstellerfirma vereinbart hatte, bestand gerade nicht. Insofern hätte sie bezüglich ihrer Annahme, die Ast biete ein Produkt an, was nicht existiere, vertiefende Informationen einholen müssen, bevor sie die Entscheidung, wegen Nichtvorliegens eines zuschlagsfähigen Angebots die Ausschreibung nach § 26 Nr.1 lit. a) VOB/A aufzuheben, treffen konnte. Insbesondere war es ihr möglich und zumutbar, die notwendigen Erläuterungen von der Ast gem. § 24 Abs. 1 VOB/A zu fordern, um Zweifel über das Angebot zu beheben.

3. Die Antragstellerin hat daher in der fraglichen Position 2.16 die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses an den Ausschreibungsgegenstand aus ihrer Sicht zutreffend interpretiert und ein entsprechendes Angebot abgegeben. Die Tatsache, dass nach Auffassung der AG kein wertbares Angebot vorliegt, ist möglicherweise auch darauf zurückzuführen, dass die Ag ein insoweit missverständliches Leistungsverzeichnis

erstellt hat. Diese Unklarheiten können jedoch nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen. Das von der Ast angebotene Produkt ist somit unter diesem Aspekt zuschlagsfähig.

Die Aufhebung der Ausschreibung nach §26 Nr.1 lit. a) VOB/A war danach vergaberechtswidrig, der Ag stand daher auch kein Ermessen darüber zu, ob sie von der Möglichkeit der Aufhebung Gebrauch machen wolle. Dabei spielt eine Rolle, dass die Vorschrift des § 26 VOB/A nach ihrem Sinn und Zweck eng auszulegen ist, damit dem Vertrauen des Bieters darauf, dass das Verfahren entsprechend seinen Funktionen und seinem Regelungszusammenhang durch den Zuschlag an einen der Teilnehmer d.h. mit Erteilung des Auftrags seinen Abschluss finden kann (vgl. Juris Praxis-Kommentar - VergR, § 26 Rdnr.14). Die Aufhebung der Ausschreibung verletzt auch Rechte der Ast gem. § 97 Abs. 7 GWB, da die von der Ag vorgebrachten Aufhebungsgründe im Sinne des § 26 Nr. 1 VOB/A ihr als Verschulden hinsichtlich eines teilweise missverständlichen Leistungsverzeichnisses und einer unterbliebenen Aufklärung zuzurechnen sind (vg. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 16.02.2005; VII Verg 72/04).

Der Nachprüfungsantrag ist also insoweit begründet, als die Aufhebung des Verfahrens auf die Vorschrift des § 26 Nr. 1 lit. a) gestützt wurde. Der beantragten Aufhebung der Aufhebung ist daher stattzugeben und die Ag ist antragsgemäß zu verpflichten,

bei fortbestehender Vergabeabsicht das Verfahren fortzusetzen und das Angebot der Ast unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu werten.

4. Dagegen kann nicht antragsgemäß (Ziff. 3) festgestellt werden, dass ein Aufhebungsgrund nach § 26 VOB/A nicht vorliege, denn es bestand für die Kammer keine Veranlassung zu prüfen, ob möglicherweise Gründe für eine Aufhebung nach § 26 Nr. 1 lit. b) bis d) vorliegen könnten. Insbesondere kann die Ag derzeit nicht verpflichtet werden, den Zuschlag auf das Angebot der Ast zu erteilen. Eine solche Entscheidung, die auf einen „Kontrahierungszwang“ hinausliefe, kommt nur in Betracht, wenn die Beschaffungsabsicht unverändert weiter besteht und tatsächlich kein sachlicher Grund für die Aufhebung besteht (so z. B. OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. vom 13.10.20076; 1 Verg 7/06). Die abschließende Prüfung über das Bestehen eines Aufhebungsgrundes obliegt jedoch zunächst der Ag und kann im jetzigen Stand des Verfahrens durch die erkennende Kammer nicht ersetzt werden.

5. Ebenso kann der Ag nicht untersagt werden, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen (Antrag Ziff. 2), denn im Falle der Aufhebung aus anderen Gründen ist dies möglicherweise erforderlich. Die Anträge unter Ziff. 2) und 3) des Nachprüfungsantrages sind daher zurückzuweisen.

III. Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

1. Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Im Ergebnis ist die Antragstellerin mit ihrem Anliegen der Aufhebung der Aufhebung erfolgreich. Dagegen hat sie nicht erreichen können, dass die Antragsgegnerin kein neues Verfahren durchführen darf, im Ergebnis also der Ast den Zuschlag erteilen müsste; sie hat damit insgesamt etwa zur Hälfte obsiegt. Unter diesen Umständen ist es sachgerecht, die Kosten des Verfahrens beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.

2. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Dieses ist in der Höhe Wertes des Auftrages der Antragstellerin anzusetzen. Die Bruttoauftragssumme betrug etwa 430.000,00 Euro; hieraus ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer angewandt wird, eine Gebühr von 2.612,00 Euro. Hiervon haben die Ast und die Ag je 1.306,00 Euro zu zahlen.

3. Aus der jeweils hälftigen Kostentragungspflicht ergibt sich die gegenseitige Aufhebung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Parteien mit der Folge, dass jede Partei die ihr entstandenen Kosten selbst zu tragen hat.

4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Parteien war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, § 80 HVwVfG.