



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

Beteiligte:

Beigeladene

Verfahrensbevollmächtigte:

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber, die Richterin am Oberlandesgericht Bonkas und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Mockel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14.5.2013 am 11.06.2013 beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 5.2.2013 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

Der Beschwerdewert wird auf 13.318 Euro festgesetzt.

G r ü n d e:

I.

1) Die Antragsgegnerin schrieb im Juli 2012 im Rahmen der Baumaßnahme „Neubau Hallenbad“ die Leistung Dachabdichtungsarbeiten im offenen Verfahren nach der VOB/A europaweit aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Die Vergabeunterlagen sahen die Zulässigkeit von Nebenangeboten nicht vor. Unter verschiedenen Positionen des Leistungsverzeichnisses war eine Dachabdichtung wie folgt ausgeschrieben:

02.01. 30 Dachabdichtung einlagig. Kunststoffbahn FPO 1,8 mm, lose verlegt

Dachabdichtung einlagig, lose verlegt, FPO Kunststoffdachbahn, auf Basis thermoplastischer Legierung flexibler Polyolefine FPO, anwendbar nach EN 13956.

- Anwendungskurzzeichen nach DIN V 20000-201: DE/E1 FPO-BV-V-PG-1,8
- Dicke: 1,8 mm, Farbe: grau
- mind. 0,85 mm Dicke der Funktionssicht über dem Gewebe,
- Basiswerkstoff Polypropylen (PP),
- Verstärkung aus Polyestergergittergewebe,
- halogen-, schwermetall- und weichmacherfrei,
- Höchstzugkraft: > 1200 N/5 cm,
- Dehnung bei HzK > 19%

System und rügte ihren Ausschluss. Mit Schreiben vom 28.11.2012 forderte sie das Submissionsergebnis an. Dieses wurde ihr am 04.12.2012 zugesandt; noch am selben Tag rügte sie erneut ihren Ausschluss und stellte am 05.12.2012 Antrag auf Nachprüfungsverfahren.

Im Verlaufe dieses Verfahrens wurde ihr am 18.12.2012 mitgeteilt, dass der Zuschlag bereits an die Beigeladene erfolgt sei.

In dem Nachprüfungsverfahren hat die Antragstellerin geltend gemacht, das von ihr angebotene System sei dem ausgeschriebenen System gleichwertig. Die angebotenen Lagenkombinationen lägen weit über den technischen Mindestanforderungen der relevanten Fachregeln und über den Anforderungen der ausgeschriebenen Materialien im Leistungsverzeichnis.

Nach Kenntnis von der bereits erfolgten Vergabe hat sie im Vergabeverfahren weiter beantragt, festzustellen, dass ein durch die Antragsgegnerin zwischenzeitlich erteilter Zuschlag und der hierauf gerichtete Vertragsschluss unwirksam seien.

2) Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag als zulässig, aber unbegründet zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, zwar liege ein Verstoß gegen die Informationspflicht des § 101a GWB vor. Dennoch könne nicht nach § 101b Abs. 1 Ziff. 1 GWB die Nichtigkeit des Vertrages festgestellt werden, weil die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu Recht gem. § 16 Abs. 1 lit.b) i.V.m. § 13 Abs. 5 VOB/A vom Vergabeverfahren ausgeschlossen habe.

Die Antragstellerin habe etwas anderes angeboten, als der Antragsgegner geschrieben habe; diese Änderung der Vergabeunterlagen habe zwingend den Ausschluss zur Folge. Das Angebot könne auch nicht in ein Nebenangebot umgedeutet werden, da solche nach der Bekanntmachung nicht zulässig seien.

Die Kosten des Verfahrens hat die Vergabekammer im Hinblick auf die unterlassene Information nach § 101a GWB dem Antragsgegner auferlegt.

3) Gegen den ihr am 6.2.2013 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin am 20.2.2013 sofortige Beschwerde eingelegt.

Sie rügt zunächst die Verletzung rechtlichen Gehörs. Die Vergabekammer stütze ihre Entscheidung maßgeblich auf Vortrag der Antragsgegnerin hinsichtlich des angebotenen Systems und der fehlenden Vergleichbarkeit, ohne dass sie, die Antragstellerin, Gelegenheit gehabt hätte, zu diesem Vortrag Stellung zu nehmen. Ihr sei lediglich ein Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 4.1.2013 übermittelt worden, in dem diese die Nichtmitteilung über die beabsichtigte Bezuschlagung bedauere.

Im Übrigen meint sie, dass ihr im Hinblick auf das einzige Vergabekriterium des niedrigsten Preises zwingend der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Eine Änderung der Vergabeunterlagen liege nicht vor. Gleichwertige Alternativprodukte stellten nicht automatisch Abänderungen der Verdingungsunterlagen dar, sondern seien grundsätzlich zuzulassen. Die Gleichwertigkeit ergebe sich aus dem mit Schreiben vom 4.12.2012 der Antragsgegnerin übermittelten Gleichwertigkeitsnachweis des Herstellers. Dass dieser Nachweis nicht bereits mit dem Angebot übermittelt worden sei, sei unschädlich, weil die Antragstellerin nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zur Nachforderung verpflichtet gewesen sei.

Des Weiteren handele es sich vorliegend objektiv um eine produktspezifische Ausschreibung, ohne dass eine durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Ausnahme vom Gebot der produktneutralen Ausschreibung vorliege. Die technischen Daten des Leistungsverzeichnisses würden tatsächlich nur von einem einzigen Produkt erfüllt, nämlich der Dachabdichtungsbahn Bauder Thermoplant T 18. Wenn ein Bieter in einem solchen Fall ein Angebot mit anderen Produkten abgebe, handele es sich nicht um ein Nebenangebot, sondern um ein zweites Hauptangebot, bei dem ein Ausschluss wegen Abänderung der Verdingungsunterlagen nicht in Betracht komme. Dass hier wegen der Ausschreibung eines verdeckten Leitproduktes ein Vergaberechtsverstoß vorliege, sei für sie erst bei Vorbereitung der Beschwerdeinstanz erkennbar geworden, so dass sie insoweit auch nicht präkludiert sei.

Tatsächlich erfülle das von der Beigeladene angebotene Produkt Sarnafil TS 77-18 nicht die Eignungskriterien des verdeckten Leitproduktes. Sie vermute, dass

dies auch für die Angebote der anderen Bieter gelte, zu denen sie selbst auch im Wege der Akteneinsicht keinen Zugang habe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Entscheidung der 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium in Darmstadt vom 5.2.2013, Az. 69 d VK - 54/2012, aufzuheben,
2. die Vergabestelle zu verpflichten, das Angebot der Antragstellerin vom 20.8.2012 zu werten und ihr als Mindestbietende den Zuschlag zu erteilen,
3. hilfsweise die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden,
4. die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären,
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabestelle. Bei der Ausschreibung eines thermoplastischen Abdichtungssystems mit Kunststoffbahnen handele es sich nicht um eine unzulässige produktspezifische Ausschreibung. Auch seien die von der Antragstellerin angebotenen Polymerbitumenbahnen nicht gleichwertig. Im Übrigen sei die Antragstellerin mit ihrer Rüge präkludiert.

Die Beigeladene hat ein von ihr eingeholtes Sachverständigengutachten zum Unterschied zwischen den (ausgeschriebenen) Kunststoffabdichtungsbahnen und

den (angebotenen) Bitumenabdichtungsbahnen vorgelegt, wegen dessen Inhalts auf Bl. 27 ff d.A. Bezug genommen wird. Danach sei eine Gleichwertigkeit zwischen dem ausgeschriebenen und dem von der Antragstellerin angebotenen Material nicht gegeben.

Die Beigeladene hat an der mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen.

II.

Die sofortige Beschwerde ist nach §§ 116, 117 GWB zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

A)

1) Die Vergabestelle hat mit zutreffender Begründung die Antragsbefugnis der Antragstellerin nach § 107 GWB bejaht. Die Antragstellerin hat durch ihre Teilnahme an der Ausschreibung ihr Interesse an dem Auftrag bekundet. Sie hat weiter geltend gemacht, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag wegen Verstoßes der Beschwerdegegnerin gegen die Informationspflichten des § 101a GWB nach § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam sei und dass ihr durch die Auftragsvergabe an die Beigeladene ein Schaden entstanden sei, weil sie das preislich günstigste Angebot abgegeben habe.

2) Die Antragstellerin hat die geltend gemachten Verstöße gegen Vergabevorschriften auch nach § 107 Abs. 3 GWB rechtzeitig gerügt.

a) Gegen ihren eigenen Ausschluss hat sie am Tag nach Kenntnis Rüge erhoben, somit unverzüglich i.S.d. § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB.

Die ihr erst im Nachprüfungsverfahren bekannt gegebene Zuschlagerteilung an die Beigeladene hat sie umgehend in das Verfahren eingeführt.

b) Auch die erst im Beschwerdeverfahren erhobene Rüge einer produktspezifischen Ausschreibung ist rechtzeitig.

Zwar ergibt sich dieser behauptete Verstoß unmittelbar aus den Vergabeunterlagen. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass er auch i.S.d. § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB erkennbar war, mit der Folge, dass eine Rüge innerhalb der Angebotsabgabefrist hätte erfolgen müssen.

Abzustellen sind dabei auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Bieters, der in diesem Stadium noch nicht anwaltlich vertreten war. Dabei dürfen bei lebensnaher Betrachtung die Anforderungen nicht überspannt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.1.2013, Verg 33/12). Hier ist zu beachten, dass kein namentlich benanntes bestimmtes Fabrikat ausgeschrieben wurde, so dass sich eine etwaige produktspezifische Ausschreibung erst aus weiteren Umständen ergeben konnte. Dass die Antragstellerin tatsächlich ein anderes Produkt angeboten hat, lässt noch nicht auf eine entsprechende Erkenntnis schließen, zumal sie dies in ihrem Schreiben vom 27.11.2012 an die Antragsgegnerin allein damit begründete, dass das ausgeschriebene System nicht mit ihrem Qualitätssicherungssystem kompatibel sei (zum Beispiel einer entsprechenden Erkenntnis des Bieters vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 4.3.2008, Verg W 3/08). Im Übrigen setzt „Erkennbarkeit“ eines Verstoßes nicht nur voraus, dass die Tatsachen (hier: verdeckte Ausschreibung eines Leitproduktes), sondern auch die zumindest laienhafte rechtliche Wertung (Unzulässigkeit einer solchen Spezifikation) bekannt sind (vgl. Weyand, Vergaberecht, 3. Aufl., Rdnr. 3356 zu § 107 GWB m.w.Nw.). Für eine entsprechende Kenntnis der Antragstellerin bereits im Verlaufe des Vergabeverfahrens ist hier nichts ersichtlich.

B)

Die gestellten Nachprüfungsanträge sind jedoch im Ergebnis unbegründet, weil die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu Recht von der Wertung ausgeschlossen hat. Der Senat, der an die gestellten Anträge nicht gebunden ist, hat auch keine Veranlassung, aus sonstigen Gründen in das abgeschlossene Vergabeverfahren einzugreifen.

1) Dass die Antragsgegnerin gegen das Vorabinformationsgebot nach § 101a GWB verstoßen hat, indem sie die Antragstellerin nicht von der beabsichtigten Zuschlagerteilung an die Beigeladene unterrichtet hat, reicht für die Begründetheit des Nachprüfungsantrages nicht aus.

Ob dieser Verstoß, den die Antragsgegnerin auch innerhalb der Frist des § 101b Abs. 2 GWB gerügt hat, zwingend dazu führt, dass im Nachprüfungsverfahren nach § 101b Abs. 1 GWB die Unwirksamkeit des Vertrages festzustellen ist, oder ob hierzu weiter erforderlich ist, dass der Nachprüfungsantrag auch im Übrigen zulässig und begründet ist (offen gelassen bei OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.3.2010, VII-Verg 11/10 - zitiert nach juris; dem folgend Weyandt, Vergaberecht, 3. Aufl. Rdnr. 2789, zu § 101b GWB), kann vorliegend offen bleiben, weil die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren eine solche Feststellung nicht mehr begehrt. Ihrem diesbezüglichen Rechtsschutzbedürfnis ist ausreichend dadurch Genüge getan, dass der bereits abgeschlossene Vertrag der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen der Zulässigkeit und Begründetheit ihres Nachprüfungsantrages im Übrigen nicht entgegensteht.

2) Soweit die Klägerin geltend macht, dass die Antragsgegnerin gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung (§ 7 Abs. 8 VOB/A) verstoßen habe, ist sie hierdurch nicht in ihren Rechten verletzt.

a) Zwar spricht viel dafür, dass die Antragsgegnerin bei den Vorgaben für die Dachabdichtung gegen das Verbot der produktspezifischen Ausschreibung verstoßen hat. Nach § 7 Abs. 8 VOB/A, der hier in der Fassung des 2. Abschnittes der VOB/A 2012 - Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG (VOB/A EG) - anwendbar ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, soweit dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Gegen diese Verpflichtung wird auch dann verstoßen, wenn durch die Vorgaben verdeckt ein Leitfabrikat ausgeschrieben wird, weil nur ein bestimmtes Produkt allen Vorgaben gerecht wird (OLG München, Beschluss vom 5.11.2009, Verg 15/09, VergabeR 2010, 677, 682f).

Vorliegend hat die Antragstellerin vorgetragen, dass die in der Ausschreibung aufgeführten technischen Spezifikationen für die Dachfolie, insbesondere hinsichtlich der Merkmale Höchstzugkraft und Weiterreißkraft, ausschließlich von dem Fabrikat „Bauder Themoplast T 18“ erfüllt würden; auch das von der Beigeladenen angebotene Fabrikat „Sarnafil“ entspreche ausweislich dem entsprechenden Produktdatenblatt nicht diesen Vorgaben. Dem sind weder die Antragsgegnerin noch die Beigeladene entgegen getreten.

Damit dürfte insoweit eine nach § 7 Abs. 8 VOB/A - EG unzulässige, weil auf das Produkt „Bauder Thermoplast T 18“ zugeschnittene Ausschreibung vorliegen, durch die dieses Produkt unzulässig begünstigt wurde. Dass dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt wäre, ist nicht ersichtlich, zumal die Antragsgegnerin das in den Spezifikationen abweichende Produkt der Beigeladenen als ausschreibungskonform akzeptiert hat.

b) Dieser Verstoß hat sich jedoch weder auf das Angebot der Antragstellerin negativ ausgewirkt, noch konnte ihr hierdurch ein Schaden entstehen.

Das Vergabenaachprüfungsverfahren gilt nicht der allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle von Vergabeverfahren, sondern dem Schutz individueller Bieterinteressen (Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 110 GWB Rdnr. 6; Weyand, Vergaberecht, 3. Aufl., § 110 GWB Rdnr. 3888; OLG München, VergabeR 2010, 677, 682f). Diese sind vorliegend nicht tangiert.

Die Antragstellerin hat sich zu keinem Zeitpunkt darauf berufen, Kunststoffbahnen gerade mit den genannten Spezifikationen nicht anbieten zu können oder zu wollen. Sie hat auch nicht etwa aus diesem Grund ein lediglich hinsichtlich der technischen Spezifikationen abweichendes Angebot abgegeben, sondern sie hat statt eines Dachabdichtungssystems basierend auf FPO-Kunststoffbahnen ein Dachabdichtungssystem basierend auf Polymerbitumenbahnen angeboten, weil sie dieses für qualitativ besser hält. Dementsprechend ist ihr Angebot auch nicht deshalb ausgeschlossen worden, weil die technischen Spezifikationen der Ausschrei-

bung nicht eingehalten worden seien, sondern weil ein anderes System angeboten wurde.

Allein die Festlegung eines Systems basierend auf FPO-Kunststoffbahnen verletzt jedoch noch nicht das Verbot der produktspezifischen Ausschreibung, weil es, wie bereits das Beispiel der Beigeladenen zeigt und auch von der Antragstellerin nicht anders behauptet wird, insoweit verschiedene Produkte verschiedener Hersteller gibt. Dass sich die Antragsgegnerin auf ein solches System festgelegt hat, unterfällt ihrer Dispositionsbefugnis als Auftraggeber, der in der Auswahl der von ihm zu beschaffenden Leistungen grundsätzlich frei ist. Die Antragsgegnerin hätte daher lediglich die technischen Spezifikationen nicht so eng fassen dürfen, dass diese ausschließlich von dem Produkt „Bauder Thermoplast T 18“ erfüllt werden.

Auch in diesem Fall hätte die Antragstellerin sich jedoch nicht mit Erfolg an der Ausschreibung beteiligen können, weil sie nach ihrem eigenen Vortrag FPO-Kunststoffbahnen überhaupt nicht verwendet. So hat sie bereits in ihrer ersten Stellungnahme vom 27.11.2012 auf die Mitteilung ihres Ausschlusses hin erklärt, sie habe Polymerbitumen angeboten, „weil wir FPO-Kunststoffdachbahnen nicht verarbeiten. Diese sind nämlich möglicherweise nicht mit unserem Qualitätssicherungssystem vereinbar.“ Der Geschäftsführer der Antragstellerin hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erläutert, dass er für Kunststoffbahnen keine Gewährleistung übernehmen könne.

Da die Antragstellerin somit in keinem Fall Kunststoffbahnen angeboten hätte, erscheint es ausgeschlossen, dass der Antragstellerin gerade durch die produktspezifische Ausschreibung ein Schaden entstanden ist. Daher führt der mögliche Verstoß gegen § 7 Abs. 8 VOB/A - EG nicht zur Begründetheit des Nachprüfungsantrages (vgl. OLG München, VergabeR 2010, 677, 683).

3) Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin im Ergebnis zu Recht wegen unzulässiger Änderung der Vergabeunterlagen ausgeschlossen.

a) Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit b VOB/A - EG sind u.a. Angebote auszuschließen, die den Bestimmungen des § 13 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5 VOB/A - EG nicht ent-

sprechen. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 5 sind Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig.

Die Antragstellerin hat dadurch, dass sie unter den Angebotspositionen, die eine „Dachabdichtung einlagig, Kunststoffbahn FPO 1,8 mm“ vorsehen, jeweils Polymerbitumenbahnen angeboten hat, objektiv ein anderes Produkt angeboten als ausgeschrieben war. Ob dieses Produkt denselben Zweck erfüllt wie das ausgeschriebene und ob die technischen Eigenschaften, wie sie in den Vergabeunterlagen näher ausgeführt wurden, dieselben sind, ist dabei zunächst irrelevant. Die Antragsgegnerin hat nicht allgemein Dachabdichtungsbahnen ausgeschrieben, sondern Abdichtungsbahnen aus einem bestimmten Material. Wenn die Antragstellerin statt dessen ein anderes Material anbietet, hat sie damit den Inhalt der ausgeschriebenen Leistung und somit die Vergabeunterlagen geändert (vgl. Weyand, Vergaberecht, 3. Aufl., Rdnr. 7710, zu § 16 VOB/A).

b) Das Angebot der Antragstellerin kann auch nicht als Nebenangebot gewertet werden, da Nebenangebote nach Ziff. 7 der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht zugelassen waren.

Soweit die Antragstellerin unter Bezugnahme auf OLG München, Beschluss vom 6.12.2012, Verg 25/12, meint, das alternative Angebot sei vorliegend schon deshalb als Hauptangebot zu werten, weil ein Verstoß gegen das Verbot der produktspezifischen Ausschreibung vorliege, verkennt sie, dass das Angebot der Antragstellerin, wie oben unter 2b) dargelegt, gerade nicht nur in dem produktspezifischen Teil, nämlich den genauen technischen Spezifikationen, vom Leistungsverzeichnis abweicht.

Im Übrigen war bei dem vom OLG München entschiedenen Fall im Leistungsverzeichnis ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt worden, andere Produkte anzubieten; ähnlich waren in dem vergleichbaren Fall OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.10.2012, Verg 34/12 - zitiert nach juris, Alternativfabrikate zugelassen. Im vorliegenden Fall waren jedoch weder Varianten noch Nebenangebote zugelassen. Würde man hier allein das abweichende Angebot der Antragstellerin als (Neben-

oder 2. Haupt-)Angebot werten, wäre die Chancengleichheit der anderen Bieter nicht gewahrt, die im Hinblick auf den Wortlaut der Ausschreibungsbedingungen auf Alternativangebote verzichtet haben. Auch ihnen müsste dann zumindest Gelegenheit gegeben werden, ihr Angebot jedenfalls insoweit abzuändern, wenn nicht sogar das gesamte Verfahren zu wiederholen wäre (vgl. Bernhardt in: Ziekow/Völlink, § 7 VOB/A Rdnr. 62; Weyand, Vergaberecht, Rdnr. 6619, zu § 7 VOB/A).

c) Die Antragstellerin kann sich auch nicht auf § 13 Abs. 2 VOB/A - EG stützen. Dort heißt es:

„Eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen nach § 7 Absatz 3 abweicht, kann angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muss im Angebot eindeutig bezeichnet sein. Die Gleichwertigkeit ist mit dem Angebot nachzuweisen.“

aa) Bei dem Angebot eines anderen als des ausgeschriebenen Materials handelt es sich nicht um eine bloße Abweichung von „technischen Spezifikationen“ i.S.d. § 7 Abs. 3 VOB/A. Diese werden in der Anlage TS zur VOB/A - EG unter Nr. 1 definiert als „sämtliche, insbesondere die in den Vergabeunterlagen enthaltenen technischen Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe die Bauleistung, das Material, das Erzeugnis oder die Lieferung so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen....“.

Das Angebot der Antragstellerin unterscheidet sich von den Vergabeunterlagen gerade nicht (nur) in den technischen Anforderungen an das gewählte Material, sondern es wird bereits ein anderes Material angeboten. Die Antragsgegnerin hat nicht eine Dachabdeckung mit bestimmten technischen Spezifikationen ausgeschrieben, sondern eine Dachabdeckung aus FPO-Kunststoffbahnen, die ihrerseits bestimmten technischen Spezifikationen genügen sollen.

bb) Im Übrigen würde es auch an den formalen Voraussetzungen für die Wertbarkeit des Angebots fehlen: Weder ist die Abweichung im Angebot eindeutig bezeichnet, noch wurde die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nachgewiesen. Allein die kommentarlose Angabe des Fabrikats (aus der sich erst bei Nachforschung die Abweichung ergibt) kann nicht als „eindeutige Bezeichnung“ der Abweichung angesehen werden. Jedenfalls insoweit kommt nach Sinn und Zweck der Vorschrift auch keine Nachforderung gem. § 16 Abs. 3 VOB/A - EG in Betracht, da die Bezeichnung der Abweichung faktisch nur dann nachgefordert werden könnte, wenn sie dem Auftraggeber bereits bekannt ist - dann bräuchte sie aber auch nicht mehr bezeichnet zu werden.

4) Auch der - erst in dem nach der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz vom 24.5.2013 näher präzierte - Einwand der Antragstellerin, wegen Nichterfüllung der aufgeführten technischen Spezifikationen müssten zumindest die Beigeladene, möglicherweise aber auch die anderen im Wettbewerb verbliebenen Bieter von der Wertung ausgeschlossen werden, vermag der Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen, da auch in diesem Fall die Antragstellerin keine Chance hätte, den Zuschlag zu erhalten.

Wäre alleine das Angebot der Beigeladenen ebenfalls auszuschließen, so würden gleichwohl keine schützenswerten Rechtspositionen der nach oben 3) zu Recht ausgeschlossenen Antragstellerin tangiert, wenn es bei dem Zuschlag an die Beigeladene verbliebe, da bei einem Ausschluss der Beigeladenen der Zuschlag an den nächstplatzierten Bieter zu erteilen wäre, ohne dass die Antragstellerin hiervon einen Vorteil hätte.

Etwas anderes gälte lediglich dann, wenn sämtliche verbleibenden Bieter zwingend auszuschließen wären, jedenfalls dann, wenn alle Angebote an dem beim Antragsteller beanstandeten oder vergleichbaren Mängeln leiden (BGH Beschluss vom 26.9.2006, X ZB 14/06, VergabeR 2007, 59, 63 - unter Zf. 27; Senat Beschluss vom 6.3.2006, 11 Verg 11/05, 12/05 - zitiert nach juris; Weyand, Vergaberecht, 3. Aufl., Rdnr. 3253 ff. zu § 107 GWB m.w.Nw.). In diesem Fall könnte die Antragsgegnerin die Ausschreibung nach § 17 VOB/A EG insgesamt aufheben

und die Ausschreibungsbedingungen könnten in einem neuen Verfahren so geändert werden, dass auch die Antragstellerin Chancen auf einen Zuschlag hätte (vgl. BGH vom 10.11.09, X ZB 8/09 VergabeR 2010, 210, 213). Diese Voraussetzungen sind hier jedoch nicht erfüllt. Tatsächlich hat einer der verbliebenen Bieter das Produkt „Bauder Thermoplan T 18“ angeboten, welches auch nach dem Vortrag der Antragstellerin in vollem Umfang die Ausschreibungsbedingungen erfüllt. Diese Feststellungen konnte der Senat anhand der ihm vorliegenden Vergabeunterlagen treffen, in die er im Hinblick auf den ihm nach §§ 120, 70 Abs. 1 GWB obliegenden Amtsermittlungsgrundsatz Einblick zu nehmen hatte, nachdem die Antragstellerin diesen Sachverhalt ausdrücklich angesprochen hatte (vgl. Dicks in Ziekow/Völlinck, Vergaberecht, § 117 GWB Rdnr. 15; Frister, ibid. § 120 GWB Rdnr. 9). Soweit durch eine entsprechende Äußerung seitens des Senats im Rahmen der mündlichen Verhandlung der Eindruck entstanden war, keiner der Bieter habe „Bauder Thermoplan T 18“ angeboten, beruht dies auf einem Versehen.

C)

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 120 Abs. 2, 78 GWB. Da das Rechtsmittel der Antragstellerin erfolglos bleibt, waren ihr die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen aufzuerlegen. Ein Beigeladener ist kostenrechtlich wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren auch nutzt, indem er sich an diesem Verfahren beteiligt (BGH VergabeR 2007, 59, 70). Im vorliegenden Fall hat die Beigeladene zwar die schriftsätzlich formulierten Anträge im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht gestellt; sie hat sich aber mit mehreren Schriftsätzen und einem von ihr eingeholten Sachverständigengutachten aktiv an dem Beschwerdeverfahren beteiligt.

Der Streitwert war gem. § 50 Abs. 2 GKG in Höhe von 5 % der Bruttoauftrags-
summe festzusetzen.

Dr. Weber
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Bonkas
Richterin am Oberlandesgericht

Dr. Mockel
Richterin am Oberlandesgericht