

1. Eine Ausschreibung kann aus schwerwiegendem Grund aufgehoben werden, wenn die Zuschlagserteilung die finanziellen Mittel des Auftragsgebers übersteigt.
2. Ein widersprüchliches Leistungsverzeichnis (hier: konkrete Produktvorgabe oder Leitfabrikat) ist anhand einer Zusammenschau aller relevanten Bestandteile aus Sicht eines verständigen, fachkundigen und mit Leistungen der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters auszulegen.
3. Werden Anforderungen an eine Leistung durch nicht genannte Eigenschaften von Leitfabrikaten beschrieben, sind diejenigen Eigenschaften dieser Leitfabrikate, die Bezug zu Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit und Gesundheit haben, zwingend für die ausgeschriebene Leistung.
4. Die Vergabekammer ist im Einzelfall nicht daran gehindert, die Verpflichtung zur Erteilung des Zuschlags an einen Bieter auszusprechen, wenn es sich dabei um die einzig geeignete Maßnahme handelt.

## **Vergabekammer des Landes Berlin**

### **2. Beschlussabteilung**

**VK - B 2 – 35/09**



# **B e s c h l u s s**

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der

xxx

- Antragsstellerin

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

gegen

die

xxx

-  
Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

unter Beteiligung der

xxx

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

wegen des Bauauftrags:      Neubau eines fünfgeschossigen Funktionstraktes innerhalb  
der Bestandsklinik. Los 11/17 Innentüren Holz/Rammschutz.

hat die hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 2009 durch den Vorsitzenden xxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxx sowie den ehrenamtlichen Beisitzer xxx beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, die Aufhebung des Verfahrens 2009/S-133-194223 zurückzunehmen und dieses Verfahren mit der Antragsstellerin fortzuführen.
2. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, bei fortbestehender Vergabeabsicht den Zuschlag der Antragsstellerin zu erteilen,
3. Der Antragsgegnerin wird untersagt, für das streitgegenständliche Gewerk Schreinerarbeiten/Holzinnentüren das laufende Verhandlungsverfahren weiterzuführen,
4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsstellerin wird für notwendig erklärt,
5. Die Kosten des Verfahrens trägt die der Antragsgegnerin.
6. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
7. Die Kosten der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) werden auf 2.575,00 EUR festgesetzt.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb im offenen Verfahren den Auftrag Neubau eines fünfgeschossigen Funktionstraktes innerhalb der Bestandsklinik, Los 11/17 Innentüren

Holz/Rammschutz, europaweit aus. Die Bekanntmachung wurde am 15.7.2009 im EU-Amtsblatt veröffentlicht. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

Auf Seite 5 des Leistungsverzeichnisses heißt es:

„Ausgeschriebene bzw. festgelegte Materialien sind anzubieten. Alternative Ausführungen oder Lösungen sind nur zulässig, wenn sie nachweisbar gleichwertig sind. Der Bieter hat mit der Angebotsabgabe entsprechende Unterlagen einzureichen und ggfs. Materialbemusterungen vor Auftragserteilung durchzuführen.“

Die Seiten 7 und 8 des Leistungsverzeichnisses enthalten Freifelder, in die ein Bieter die von ihm angebotenen Produkte, darunter auch Türdrücker, einzutragen hat.

Auf Seite 12 des Leistungsverzeichnisses heißt es in der Position 01.01.

„Türdrücker  
Fabrikat: geschlossenen Türdrücker aus Rundstahl; Hersteller FSB; Art.-Nr. 1070 Edelstahl natur  
Profilzylinder: mit Langschild, nach Bemusterung und Wahl“

Mit Schreiben vom 12.8.2009 wandte sich die Antragsstellerin im Zuge der Angebotserstellung mit einzelnen Fragen an die Antragsgegnerin. Unter der Betreffzeile „Rüge zur Ausschreibung“ fragte sie unter anderem:

„Gemäß LV-Pos. 01.01 Türen sind Drückergarnituren nicht neutral ausgeschrieben. Hier wird das Fabrikat der Firma FSB vorgegeben. Es werden keine gleichwertigen Produkte zugelassen. Wir bitten daher um Ihre Mitteilung, dass gleichwertig nach EN 1906 angeboten werden kann.“

Zwischen einer Mitarbeiterin der Antragsstellerin und einem Mitarbeiter des beauftragten Planungsbüros des Antragsgegners wurde zudem am 13.8.2009 ein Telefongespräch zu dieser Fragestellung geführt. Mit Schreiben vom selben Tag übermittelte das Planungsbüro allen Interessenten einzelne Korrekturen zu Positionen des Leistungsverzeichnisses. Zur zitierten Frage der Antragsstellerin sind keine Ausführungen enthalten.

Die Antragsstellerin bot unter dem 17.8.2009 die Leistung bei Verwendung eines Türdrückers der Herstellerfirma HAFI für xxx EUR an. Am 20.8.2009 wurden die insgesamt elf Angebote geöffnet. Das Angebot der Beigeladenen vom 19.8.2009, die gleichfalls unter Verwendung des Türdrückers der Firma HAFI geboten hatte, war mit xxx EUR am günstigsten. Ihrem Angebot waren keine Gleichwertigkeitsnachweise beigelegt.

Das Angebot der Antragsstellerin nahm den zweiten Rang ein. Das Angebot der Isserstedt GmbH sah den Einsatz des Türdrückers der Firma FSB vor. Es belief sich auf xxx EUR und war damit das zweitteuerste Angebot.

Mit Informations- und Absageschreiben vom 27.8.2009 informierte die Antragsgegnerin, dass der Zuschlag am 23.9.2009 auf das Angebot der Beigeladenen erteilt und das Angebot der Antragsstellerin nicht berücksichtigt werden solle, da es nicht das wirtschaftlichste sei.

Mit Schreiben vom 31.8.2009 legte die Antragsstellerin hiergegen „Einspruch“ ein. Zur Begründung führte sie aus, die Beigeladene habe die Gleichwertigkeit der von ihr angebotenen Drückergarnituren nicht wie angefordert mit Angebotsabgabe dargebracht.

Die von der Antragsgegnerin beauftragte Planungsgesellschaft bestätigte unter dem 3.9.2009 den Eingang des Einspruchs und kündigte seine Prüfung an.

Mit schriftlicher Verfahrensrüge ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 4.9.2009 beanstandete die Beigeladene ihren durch die Planungsgesellschaft angekündigten Ausschluss aufgrund des Einsatzes der Türdrücker des Herstellers HAFI und verwies unter Beifügung einschlägiger Unterlagen auf dessen Gleichwertigkeit. Das Leistungsverzeichnis lasse alternative Ausführungen ausdrücklich zu.

Die Antragsstellerin wiederholte ihre Verfahrenskritik mit Schreiben vom 10.9.2009.

Mit Schreiben vom 11.9.2009 teilte die Planungsgesellschaft der Antragsgegnerin schließlich mit, die Ausschreibung müsse aufgrund fehlender Mitteldeckung aufgehoben werden.

Hierauf entgegneten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsstellerin mit Schreiben vom 14.9.2009, es sei nicht einsichtig, weshalb zunächst die Bezuschlagung der Beigeladenen und sodann die Verfahrensaufhebung mitgeteilt werde. Für die Antragsstellerin wurde beantragt, die Aufhebung rückgängig zu machen, die Angebotswertung im offenen Verfahren fortzusetzen und den Zuschlag auf das Angebot der Antragsstellerin zu erteilen.

Unter dem 21.9.2009 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin schriftlich, die Antragsgegnerin habe vor der Ausschreibung eine sorgfältige Kostenschätzung durchgeführt. Der so ermittelte Betrag sei auch Gegenstand eines

Antrags auf Fördermittel an das Land Berlin gewesen und bewilligt worden. Das günstigste wertungsfähige Angebot xxx überschreite diese Budgetmittel um rund 24%.

Die preisgünstigeren Gebote der Antragsstellerin und der Beigeladenen hätten nicht die im Leistungsverzeichnis zur Herstellung eines einheitlichen Erscheinungsbilds zulässigerweise geforderten Türdrücker des Herstellers FBS einsetzen wollen. Das statt dieser durch Antragsstellerin und Beigeladene angebotene Produkt der Herstellerfirma HAFI sei nicht gleichwertig. Dass am 27.8.2009 zunächst die Zuschlagserteilung an die Beigeladene angekündigt wurde, beruhe auf einer fehlerhaften Einschätzung der Gleichwertigkeit durch das beratende Planungsbüro. Die Antragsgegnerin führe nun ein Verhandlungsverfahren durch und habe die Bieter zu erneuten Angebotsabgabe aufgefordert.

Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 23.9.2009 beantragte die Antragsstellerin daraufhin die Nachprüfung des Verfahrens. Sie vertritt die Ansicht, die Ausschreibung habe alternative Lösungen zum Leitfabrikat zugelassen, sofern diese gleichwertig seien. Dies sei für die von ihr angebotenen Türdrücker zu bejahen. Insbesondere bestünden in gestalterischer Hinsicht keine Unterschiede zwischen den Produkten. Das Angebot der Beigeladenen könne nicht gewertet werden, weil diese den Gleichwertigkeitsnachweis für die angebotenen Türdrücker nicht mit Angebotsabgabe beigebracht habe. Das nun eingeleitete Verhandlungsverfahren der Antragsgegnerin müsse gestoppt und das ursprüngliche Verfahren fortgesetzt werden.

Die Antragsstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin anzuweisen, die Aufhebung des Verfahrens 2009/S133-194223 zurückzunehmen und dieses Verfahren mit der Antragsstellerin fortzuführen,
2. die Antragsgegnerin anzuweisen, bei fortbestehender Vergabeabsicht den Zuschlag der Antragsstellerin zu erteilen,
3. der Antragsgegnerin zu untersagen, für das streitgegenständliche Gewerk Schreinerarbeiten/Holzinnentüren das laufende Verhandlungsverfahren weiterzuführen,
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
5. die Kosten des Verfahrens der Antragsstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Antrag auf Nachprüfung zurückzuweisen,

2. der Antragsstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin vertieft ihren bisherigen Vortrag und führt aus, sie habe im Vorfeld der Ausschreibung mit sachverständiger Hilfe ein Budget von xxx EUR ermittelt, das durch das Angebot der Bieterin xxx deutlich überschritten werde. Ein solcher im Nachhinein festzustellender Finanzierungsfehlbetrag sei als schwerwiegender Aufhebungsgrund anerkannt. Die Antragsgegnerin habe im Fall ein Fabrikat vorgeben dürfen, das Antragsstellerin und Beigeladene nicht angeboten hätten. Die Zulässigkeit der spezifizierten Ausschreibung folge aus der bereits erfolgten Vergabe der Stahltüren. Der Zuschlag sei dort auf ein Angebot gefallen, das Türdrücker der Firma FSB zum Inhalt habe. Zur Gewährleistung eines einheitlichen Erscheinungsbildes sei auch für die Innentüren aus Holz dieses Fabrikat zu fordern gewesen. Zudem seien die von der Antragsstellerin gebotenen Türdrücker in Qualität und technischer Ausstattung nicht gleichwertig zum ausgeschriebenen Produkt.

Der Antrag sei auch unzulässig, denn bei Gleichwertigkeit des von der Antragsstellerin gebotenen Produkts, sei der Zuschlag bei Fortführung des Verfahrens auf das preisgünstigere Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Diese habe unaufgefordert mit Schreiben vom 4.9.2009 Nachweise über die vorgebliche Gleichwertigkeit vorgelegt. Zudem hätten andere Bieter, wie die Antragsstellerin selbst, identische Unterlagen mit Angebotsabgabe beigebracht, so dass die Antragsgegnerin auf anderem Wege Kenntnis erlangt habe. Sie habe deshalb die Beigeladene nicht ausschließen dürfen. Mangels Aussicht auf den Zuschlag könne der Antragsstellerin demnach kein Schaden entstehen.

Durch Beschluss vom 2.10.2009 hat die Kammer die xxx beigegeben und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

In ihrer Replik auf den Abweisungsantrag erwidert die Antragsstellerin unter dem 9.10.2009, die fehlende Finanzierung sei auf Fehler bei der Ermittlung zurückzuführen. So sei nicht dargelegt, inwieweit Preissteigerungen von der Ermittlung des Finanzbedarfs bis zur Ausschreibung berücksichtigt wurden. Soweit die Antragsgegnerin entgegen der anderslautenden Passage des Leistungsverzeichnisses davon ausgehe, FSB-Türdrücker als Fabrikat vorgegeben zu haben, sei dies jedenfalls unzulässig gewesen und durch die in Bezug genommene Rechtsprechung nicht gedeckt. Zwingende Gründe für die einheitliche Gestaltung habe die Antragsgegnerin nicht dargebracht, zumal gestalterische Aspekte bei einem der medizinischen Versorgung dienenden Gebäude zurückträten.

Mit Schriftsatz vom 12.10.2009 trägt die Beigeladene vor, das Leistungsverzeichnis habe so verstanden werden dürfen, dass alternative Fabrikate zu FSB-Türdrückern zugelassen sind. Mit ihrer Verfahrensrüge vom 4.9.2009 habe sie einschlägige Gleichwertigkeitsnachweise übersandt. Dass diese nicht mit der Angebotsabgabe vorgelegt wurden, begründe keinen Ausschlussgrund.

Den Ausführungen der Beigeladenen zum Ausschlussgrund tritt die Antragsstellerin mit Schriftsatz vom 16.10.2009 entgegen. Mit weiterem Schriftsatz vom 26.10.2009 weist sie darauf hin, dass der Hersteller FSB gegenüber der Firma HAFI Beschläge GmbH eine strafbewehrte Unterlassungserklärung zu Qualitätseigenschaften der HAFI-Produkte abgeben musste, die im anhängigen Verfahren abermals als Unterscheidungsmerkmal herangezogen würden.

Unter dem 27.10.2009 führt die Antragsgegnerin schriftsätzlich aus, angesichts der bereits für andere Gebäudeteile erfolgten Beauftragung von Türdrückern des Fabrikats FSB, sei die Vorgabe auch zur Reduzierung des Aufwands bei der Ersatzteilbeschaffung gerechtfertigt. Die Vorgabe sei auch von der Antragsstellerin auch nicht wirksam gerügt worden, denn ihr Schreiben vom 12.8.2009 sei weder als Rüge zu bewerten noch unverzüglich erklärt. Dass die von der Antragsstellerin angebotenen Türdrücker DIN-Vorschriften erfüllten, begründe nicht schon ihre Gleichwertigkeit.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

In der mündlichen Verhandlung erhielten die Parteien die Gelegenheit, sich zu den Sach- und Rechtsfragen zu äußern; die Beigeladene ist nicht erschienen. Auf die Sitzungsniederschrift wird verwiesen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

**1.** Der Antrag ist zulässig.

**1.1** Die Antragsgegnerin ist gemäß § 98 Nr. 5 GWB öffentliche Auftraggeberin. Sie erhält als juristische Person des privaten Rechts für den Neubau des fünfgeschossigen

Funktionstrakts innerhalb der Bestandsklinik, mithin für die Errichtung eines Krankenhauses und für die damit in Verbindung stehende Dienstleistung, Fördermittel vom Land Berlin, das als Gebietskörperschaft selbst unter § 98 Nr. 1 GWB fällt.

**1.2** Der zu vergebende Auftrag ist ein öffentlicher Bauauftrag nach §§ 99 Abs. 3 GWB, 6 VgV. Die Gesamtauftragssumme überschreitet mit 24 Mio. EUR die EU-Schwellenwerte. Die Antragsgegnerin hat den streitgegenständlichen Auftrag indes als Einzellos unter 1 Mio. EUR im offenen Verfahren europaweit ausgeschrieben und die erkennende Vergabekammer als Nachprüfungsbehörde in der Bekanntmachung angegeben. Sie hat damit erklärt, die streitgegenständliche Leistung dem 80%-Kontingent (§ 2 Nr. 7 VgV) zuordnen zu wollen und so den Anwendungsbereich des vierten Abschnitts des GWB eröffnet. Ihren insoweit abweichenden Vortrag in der Rügeerwidern hat sie im Nachprüfungsverfahren nicht weiter verfolgt.

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Berlin folgt aus § 106a Abs. 3 Satz 1 GWB.

**1.3** Die Antragsstellerin ist antragsbefugt. Das ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist die Darlegung eines Schadens erforderlich. Ihr Interesse am Auftrag hat die Antragsstellerin durch ihr Angebot vom 17.8.2009 hinreichend bekundet.

Ein Bieter kann auch durch die Aufhebung eines Vergabeverfahrens in seinen Rechten verletzt sein und deshalb einen Anspruch auf Überprüfung sowie gegebenenfalls Aufhebung der Ausschreibung haben (EuGH Urt. v. 2.6.05, Az. C-15/04; v. 18.6.02, Az. C-92/00). Denn die Entscheidung über die Beendigung eines Vergabeverfahrens unterliegt ebenso wie eine Zuschlagsentscheidung den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung. Voraussetzung für die Zulässigkeit eines solchen Antrages ist, dass der Bieter geltend macht, die Aufhebung sei wegen fehlender oder unzureichender Gründe zu Unrecht erfolgt und verletze ihn dadurch in seinen Rechten, dass ihm die realistische Chance, den Auftrag zu erhalten, entgangen sei (VK Berlin Beschl. v. 24.7.08, Az. B-2-7/08).

Die Antragsstellerin hat jeweils mit Schreiben vom 31.8.2009 und 14.9.2009 Rechtsverletzungen bei der Entscheidung über die Nichtwertung ihres Angebots kritisiert und die Fehlerhaftigkeit ihres Ausschlusses beanstandet. Der befürchtete Schaden liegt im Verlust der Chance auf den Zuschlag. Die Antragstellerin geht davon aus, dass sie bei

rechtskonformer Wertung ihres Angebots das preisgünstigste abgegeben habe. Sie trägt hierbei vor, das günstigere Angebot der Beigeladenen sei nicht zu berücksichtigen. Dieser Vortrag ist für die Feststellung der Antragsbefugnis ausreichend (BGH Beschl. v. 26.09.2006, Az. X ZB 14/06).

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt (§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB).

**1.3** Die Antragsstellerin hat die geltend gemachten Verstöße ordnungsgemäß und nach Kenntniserlangung rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt.

Zwar ist der Antragsgegnerin zuzugeben, dass das Schreiben der Antragsstellerin vom 12.8.2009, obgleich so betitelt, nicht als Rüge bewertet werden kann. Denn eine Rüge im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB setzt voraus, dass gegenüber der Vergabestelle unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wird, man sehe deren Vorgehen als unrechtmäßig an und verlange Korrektur (KG Berlin Beschl. v. 20.8.2009, Az. 2 Verg 4/09). Der Fragenkatalog der Antragsstellerin im Schreiben vom 12.8.2009 verfolgt indes ein anderes Ziel, nämlich Gewissheit unter anderem darüber zu erlangen, ob gleichwertig zum FSB-Türdrücker angeboten werden konnte. Da die Antragsgegnerin diese Frage nach dem Verständnis der Antragsstellerin in ihrem Sinne beantwortet hatte, gab es aus ihrer Sicht kein zu rügendes, korrekturbedürftiges Vorgehen. Die Kammer nimmt die Auseinandersetzung um das Schreiben aber zum Anlass, Kritik an der lückenhaften Akten- und Verfahrensführung der Antragsgegnerin zu üben: Das Schreiben findet sich nicht in der Vergabeakte; die fernmündlich erteilte Auskunft ist anderen Interessenten nicht zuteil geworden. Damit hat die Antragsgegnerin das Transparenzgebot aus § 97 Abs. 1 GWB verletzt.

Nachdem die Antragsstellerin korrekturbedürftiges Vorgehen der Antragsgegnerin ausgemacht hat, hat sie es rechtzeitig gerügt: Ihr Schreiben vom 31.8.2009 beanstandet die angekündigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene, die sie wegen unvollständiger Angebotsunterlagen für vergaberechtswidrig hielt, und beansprucht Berichtigung. Die Bezeichnung als „Einspruch“ schadet dem nicht. Die Mitteilung der Antragsgegnerin vom 11.9.2009, das Verfahren werde aufgehoben, hat die Antragsstellerin mit Schreiben vom 14.9.2009 als Verstoß gegen das Vergaberecht gewertet, seine Rückgängigmachung gefordert und so ihrer Rügeobliegenheit genügt.

**2.** Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Der von der Antragsgegnerin geltend gemachte Aufhebungsgrund nach § 26 Nr. 1 c) VOB/A besteht nicht. Die Antragstellerin ist dadurch auch in ihren Rechten verletzt.

**2.1** Der Antragsgegnerin stehen für die Auftragsvergabe ausreichende Mittel zur Verfügung.

Gemäß § 26 Nr. 1 c) VOB/A kann die Ausschreibung aus schwerwiegenden Gründen aufgehoben werden. Insoweit ist anerkannt, dass sich die Vergabestelle insbesondere dann hierzu veranlasst sehen kann, wenn ein Zuschlag auf ein abgegebenes Angebot ihre finanziellen Mittel übersteigt. Die Möglichkeit, bei einem sachlichen Grund eine Ausschreibung vorzeitig zu beenden, ist notwendige Folge davon, dass es ein Zweck des Vergaberechts ist, der öffentlichen Hand eine die Bindung der ihr anvertrauten Mittel und das Gebot sparsamer Wirtschaftsführung beachtende Beschaffung zu angemessenen Preisen zu ermöglichen und die Situation der öffentlichen Hand in dieser Hinsicht durch eine Erweiterung des Bewerberkreises und damit der Entscheidungsgrundlage zu verbessern (BGH Urt. v. 5.11.2002, Az. X ZR 232/00).

Die Antragsgegnerin hat die Kosten für den zu vergebenden Auftrag auf xxx EUR geschätzt. Dafür, dass – wie von der Antragsstellerin behauptet – dieser Betrag nicht mit der gebotenen Sorgfalt ermittelt wurde, sind keine konkreten Anhaltspunkte ersichtlich. Ohnehin ist für die Beurteilung dieser Frage nicht das Budget des einzelnen Gewerks maßgeblich, sondern das Gesamtvolumen des Bauvorhabens (VK Baden-Württemberg Beschl. v. 28.10.2008, Az. 1 VK 39/08). Der Frage muss aber nicht nachgegangen werden, denn das ermittelte Vergabebudget für das Los 11/17 ist zur Auftragsvergabe auch nach dem Vortrag der Antragsgegnerin ausreichend.

Sie ist in der Auswertung der Angebote nämlich nicht auf diejenigen beschränkt, die Türdrückergarnituren des Herstellers FSB verwenden wollen. Die Leistungsbeschreibung der Antragsstellerin lässt vielmehr gleichwertige Produkte zum Fabrikat FSB-Türdrücker zu.

Zwar hat die Antragsgegnerin einerseits auf Seite 12 des Leistungsverzeichnisses geschlossene Türdrücker aus Rundstahl des Herstellers vorgegeben. Eine solche produktspezifische Ausschreibung ist gemäß § 9 Nr. 10 Satz 1 VOB/A ausnahmsweise zulässig, soweit es durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Im Fall sah die Antragsgegnerin die Vorgabe der fraglichen Türdrücker insbesondere durch die angestrebte einheitliche Gestaltung des Baus begründet. Insofern ist es folgerichtig, dass sie der entsprechenden Position des Leistungsverzeichnisses den Zusatz „oder gleichwertig“ nicht hinzugefügt hatte.

Die Antragsgegnerin hat in der Leistungsbeschreibung aber gleichzeitig erklärt, zu den ausgeschriebenen Materialien seien „alternative Lösungen“ zulässig, wenn sie

gleichwertig sind. Betrachtet man dies als eine gleichsam „vor die Klammer gezogene“, generalisierende Erklärung, so wird sie dann durch die später folgende Vorgabe des FSB-Türdrückers konkretisiert. Hiernach ist auf die Ausschreibung eines Leitfabrikats gemäß § 9 Nr. 10 Satz 2 VOB/A zu schließen. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass aus Sicht der Vergabestelle der Auftragsgegenstand objektiv anders nicht klar und allgemein verständlich beschrieben werden kann und der Zusatz „oder gleichwertig“ angebracht wird.

Die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin enthielt mithin Vorgaben, die unterschiedlichen Regeln gehorchen. Für die Frage, welche der Vorgaben schließlich Geltung beanspruchen darf, sind diese anhand einer Zusammenschau aller relevanten Bestandteile des Leistungsverzeichnisses aus Sicht eines verständigen, fachkundigen und mit Leistungen der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters (vgl. BGH Urt. v. 30.6.2004, Az. X ZR 30/03) auszulegen.

Hierbei ist Seite 7 f. des Leistungsverzeichnisses heranzuziehen, auf der es den Bietern überlassen wird, den Hersteller für die zu verwendenden Türdrücker einzufügen. Eine wertende Gesamtschau dieser Aussagen lässt für den verständigen Bieter nur den Schluss zu, dass ihm frei gestellt bleibt, ein gleichwertiges Produkt zum FSB-Türdrücker anzubieten. Dieser wird folglich (nur) als Leitfabrikat im Sinne des § 9 Nr. 10 Satz 2 VOB/A im Leistungsverzeichnis benannt. Dieses Auslegungsergebnis wird durch das tatsächliche Verständnis des Leistungsverzeichnisses durch die Bieter bestätigt, von denen nur einer die FSB-Türdrücker geboten hat.

Gemessen hieran hat die Antragsgegnerin die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Vorgabe eines Leitfabrikats nach § 9 Nr. 10 Satz 2 VOB/A nicht erfüllt. Insoweit war erforderlich, dass die Lieferung eines Türdrückers nach einem objektiven Maßstab unumgänglich nicht anders als durch eine Bezugnahme auf FSB-Türdrücker nicht ausreichend klar und/oder verständlich zu beschreiben gewesen wäre. Die von ihr insoweit herangezogenen Gründe und Feststellungen waren zu dokumentieren (OLG Thüringen Beschl. v. 26.6.2006, Az. 9 Verg 2/06).

Mit diesen Zulässigkeitsvoraussetzungen hat sich die Antragsgegnerin ausweislich der Vergabeakte nicht auseinandergesetzt. Sie hat auch im Nachprüfungsverfahren allein solche Gründe herangezogen, die unter hier nicht zu prüfenden Bedingungen die Ausschreibung eines spezifischen Produkts nach § 9 Nr. 10 Satz 1 VOB/A rechtfertigen können.

Dieses Versäumnis erklärt sich aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin etwas anderes gewollt hatte, als ein verständiger Bieter verstehen durfte, ihr innerer Wille im

Interesse des Verkehrsschutzes aber unbeachtlich bleiben muss.

Eine vergaberechtswidrige Vorgabe der FSB-Türdrücker als Leitfabrikat im Sinne des § 9 Nr. 10 Satz 2 VOB/A ist von der Antragsstellerin jedoch nicht gerügt, sondern – wie dargestellt – lediglich hinterfragt worden. Sie hat das Leistungsverzeichnis sodann in diesem Sinne verstanden und akzeptiert.

## **2.2 Die Antragsstellerin hat ein dem Leitfabrikat gleichwertiges Produkt angeboten.**

Eigenschaften des Leitfabrikats FSB-Türdrücker sind in der Leistungsbeschreibung nicht benannt oder sonst erläutert. Werden Anforderungen an eine Leistung durch nicht genannte Eigenschaften von Leitfabrikaten beschrieben, sind diejenigen Eigenschaften dieser Leitfabrikate, die Bezug zu Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit und Gesundheit haben, zwingend für die ausgeschriebene Leistung. Sonst wäre durch ausdrückliche Benennung deutlich zu machen müssen, welche Eigenschaften zwingend und welche entbehrlich sind (VK Münster Beschl. v. 15.1.2003, Az. VK 22/02).

Die Antragsstellerin hat diesem Maßstab genügende Nachweise über die Gleichwertigkeit des von ihr angebotenen Türdrückers des Herstellerfabrikats HAFI beigebracht. Mit Angebotsabgabe hat sie die Konformität mit DIN EN 1906 und Nachweise in Gestalt eines Prüfzeugnisses sowie Prüfzertifikats gemäß Zertifizierungsprogramm PIV Cert DIN/DINCERTCO eines akkreditierten Prüfinstitutes erbracht und so ihrer Darlegungslast genügt.

Die hiergegen von der Antragsgegnerin vorgebrachten Einwendungen sind nicht substantiiert. Soweit sie auf gestalterische oder sonst den Auftragsgegenstand betreffende Gründe abzielen, sind sie wegen der hiervon abweichenden Ausschreibung als Leitfabrikat an sich nicht zu berücksichtigen. Sie überzeugen indes auch in der Sache nicht, weil sich Leit- und Alternativfabrikat äußerlich gleichen. Soweit die Antragsgegnerin Qualitätsunterschiede geltend macht, kann sie mangels näherer, qualifizierter Begründung, warum gerade das Produkt des Herstellers HAFI nicht geeignet sein soll, nicht durchdringen. Die von ihr aufgeführten Qualitätsmerkmale werden nach Einschätzung der Kammer vom Hersteller HAFI gleichermaßen erfüllt. Insbesondere mit ihrer Behauptung, FSB verwende anders als HAFI zur Befestigung Schrauben der Größe M 5, kann die Antragsgegnerin nicht überzeugen. Denn ebendiese Verschraubung wird vom Hersteller HAFI ebenfalls verwendet, während sich der Hersteller strafbewehrt verpflichtet hat, es zu unterlassen, Gegenteiliges zu verbreiten.

**3.** Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragssteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine

Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Dabei ist die Vergabekammer befugt, alle geeignet erscheinenden Maßnahmen zu treffen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist im Einzelfall weder daran gehindert, die Aufhebung der Aufhebung einer Ausschreibung noch die Verpflichtung zur Erteilung des Zuschlags an einen Bieter auszusprechen, wenn es sich dabei um die einzig geeignete Maßnahme handelt (OLG Hamburg Beschl. v. 21.11.2003, Az. 1 Verg 3/03).

So liegt der Fall hier. Gemäß Leistungsverzeichnis waren entsprechende Unterlagen mit der Angebotsabgabe vorzulegen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Angebote, die § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A nicht genügen, weil Ihnen die geforderten Erklärungen fehlen, gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 .it. b VOB/A zwingend von der Wertung auszuschließen (BGH NZBau 2008, 137 [138] m.w.N.). Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter ausgerichtetes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote abgegeben werden. Zur vollständigen Vergleichbarkeit gehört, dass hinsichtlich jeder Position des Leistungsverzeichnisses alle zur Kennzeichnung der angebotenen Leistung geeigneten Parameter bekannt sind (BGH, Beschl. v. 18.2.03, Az. X ZB 43/02). Diesen Vorgaben entsprach das Angebot der Beigeladenen nicht. Denn ihrem Angebot fehlten unstreitig die auf Seite 5 des Leistungsverzeichnisses verlangten Angaben zur Gleichwertigkeit der von ihr angebotenen Lösung (vgl. auch VK Bund Beschl. v. 22.2.2008, Az. VK 1-4/08).

Dagegen erfüllt das Angebot der Antragstellerin die Produkthanforderung (vgl. 2.1) sowie, laut Vergabevermerk, auch alle sonstigen Voraussetzungen der Ausschreibung und ist überdies nach dem alleinigen Wertungskriterium „Preis“ von den in der Wertung verbliebenen Angeboten das wirtschaftlich günstigste. Sofern die Antragsgegnerin an ihrer Vergabeabsicht festhält, wofür in diesem Verfahren alles spricht, kommt mithin als einzige richtig Entscheidung nur der Zuschlag an die Antragstellerin in Betracht.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 GWB. Für die Amtshandlungen der Vergabekammer werden gemäß § 128 Abs.1 GWB Kosten erhoben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs.2 Satz 2 GWB. Danach beträgt die Mindestgebühr 2.500 EUR. Die Gebühr hat die Kammer nach dem von der Antragsgegnerin ermittelten Auftragswert unter Berücksichtigung ihres personellen und

sachlichen Aufwandes bemessen. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes orientiert sich die Kammer an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes. Da Verfahrensbevollmächtigte beauftragt, ein Bieter beizuladen war und eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, bewegte sich der Verwaltungsaufwand der Vergabekammer insgesamt im durchschnittlichen Bereich. Unter Abwägung dieser Gesichtspunkte hält die Kammer den der Gebührentabelle entsprechenden Betrag von 2.575,00 EUR für angemessen. Billigkeitsgründe für eine Ermäßigung (§ 128 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GWB) bestehen nicht.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB hat die Antragsgegnerin zu tragen, weil sie im Verfahren unterlegen ist.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt. Sie trägt daher keine Kosten des Verfahrens; ihre außergerichtlichen Kosten trägt sie selbst.

#### IV.

##### Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer 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.

Vorsitzender

Hauptamtlicher Beisitzer

Ehrenamtlicher Beisitzer

Schramm

Dr. Bernhardt

Berndt