
Datum: 08.10.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: Verg 49/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:1008.VERG49.03.00

Tenor:

I. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt vom 25. Juli 2003 (VK 1 - 57/03) wird zurückgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Verfahrens gemäß § 118 GWB einschließlich der in zweiter Instanz angefallenen notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu tragen.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Vertreters war für die Beigeladene in der Beschwerdeinstanz notwendig.

III. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 15.807,- Euro festgesetzt.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)	1
Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet.	2
Zu Recht hat die Vergabekammer entschieden, dass die Antragstellerin mit ihrer Rüge, die Antragsgegnerin habe die Beschaffungsmaßnahme in vergaberechtswidriger Weise auf einen bestimmten Hersteller zugeschnitten (vgl. § 9 Nr. 5 VOB/A), nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ausgeschlossen ist. Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig,	3

wenn der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Dass die Antragstellerin den Vergabefehler im Vergabeverfahren erkannt hat, räumt sie ein. Darüber hinaus erfolgte ihre Rüge aber auch nicht "unverzüglich" gegenüber dem "Auftraggeber". Nach ihrem eigenen Vorbringen gingen die von ihr eingeholten Zulieferangebote bis zum 27.3.2003 bei ihr ein, wodurch sie sich in ihrer Annahme "bestärkt" fühlte, dass die Antragsgegnerin herstellerbezogen ausgeschrieben hatte (vgl. Seiten 6, 7 der Beschwerdeschrift). Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob sie nicht schon unmittelbar nach Erhalt der Angebotsaufforderung, also etwa ab dem 7.3.2003, Kenntnis von den Umständen des (behaupteten) Vergabeverstoßes hatte. Jedenfalls aber hatte sie die erforderliche Kenntnis am 27.3.2003. Die vergaberechtlich unzulässige Herstellerbezogenheit der Ausschreibung will sie am 4.4. und 7.4.2003 telefonisch gerügt haben. Zwar wäre eine Rüge bezogen auf den 27.3.2003 noch als "unverzüglich" im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB anzusehen gewesen. Jedoch erfolgte die Beanstandung der Antragstellerin gegenüber der falschen Person. Die Rüge hätte nach dem eindeutigen Wortlaut des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB gegenüber der Antragsgegnerin als "Auftraggeber" erklärt werden müssen. Dies ist indes nicht geschehen. Vielmehr hat die Antragstellerin am 4.4. und 7.4.2003 nur mit Herrn S..., dem zuständigen Planer des von der Antragsgegnerin beauftragten Planungsbüros S... gesprochen. Herr S... war zur Entgegennahme von Rügen aber weder bevollmächtigt noch konnte die Antragstellerin von dessen Bevollmächtigung ausgehen. In den Ausschreibungsunterlagen war eindeutig die Antragsgegnerin als Ansprechstelle benannt. Dies hatte die Antragstellerin auch richtig verstanden. Sie versuchte nach ihrem eigenen Vortrag, am 2.4. und 3.4.2003 die Antragsgegnerin zu erreichen. Dies soll ihr weder per Telefon noch per Telefax gelungen sein. Indes vermochte sie auch im Senatstermin nicht zu erklären, weshalb sie ihre Rüge nicht wenigstens auf dem Postwege vorbrachte. Bei dieser Sachlage bedarf es keiner näheren Klärung, ob die Telefonate mit Herrn S... überhaupt inhaltlich als Rüge zu werten waren. Soweit die Antragstellerin mit Schreiben vom 16.6.2003 an die Antragsgegnerin eine schriftliche Rüge nachgereicht hat, war diese – mit Blick auf ihre seit März 2003 vorliegende Kenntnis von den Umständen des angeblichen Vergabeverstoßes – offensichtlich verspätet.

Die Antragstellerin muss daher die Ausschreibung in der ihr bekannt gemachten Fassung gegen sich gelten lassen. Dies hat zur weiteren Folge, dass ihr Haupt- und ihre beiden Nebenangebote auszuschließen sind, weil sie unzulässige Änderungen an den Vergabebedingungen enthalten (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b, § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A). Auch insoweit hat die Vergabekammer zutreffend entschieden. 4

In Ziffer 21.5. der "Technischen Vorschriften" der Angebotsaufforderung heißt es: 5

"Die Änderung des Leistungsverzeichnisses durch Abweichungen der vorgegebenen Maße ist nicht zulässig (Zwischenstücke oder Verbindungen als Masseausgleich sind zulässig, wenn sie fugenlos ausgeführt sind)." 6

Hieraus und aus den Maßen der Leistungsbeschreibung sowie dem Möblierungsplan, der den Angebotsunterlagen beigelegt war, ergibt sich, dass Abweichungen nur in Bezug auf die einzelnen Elemente ("Zwischenstücke und Verbindungen") zum Zwecke der Einpassung erlaubt waren. Hingegen waren die Gesamtmaße einer aus mehreren Elementen bestehenden Zeile (z.B. Koch- und Spülzeilen) fest vorgegeben, was im Übrigen unmittelbar einleuchtet, weil anderenfalls die fertige Raumplanung der Antragsgegnerin durch die eingehenden Angebote wieder zur Disposition gestanden hätte. Über diesen rechtlichen Ausgangspunkt streiten die Verfahrensbeteiligten auch zu Recht nicht. 7

Ohne Erfolg macht die Antragstellerin indes geltend, die Vorgaben der Antragsgegnerin eingehalten zu haben. Ihr Hauptangebot und ihr Nebenangebot 1 sind auszuschließen, weil dort jeweils eine der beiden Küchenzeilen des sog. "Kochblocks" um 300 mm zu lang angeboten wird. Der Einwand der Antragstellerin, ihre Angebote seien so zu verstehen, dass beim Einbau ein Zwischentisch gekürzt und so die geforderte Gesamtlänge von 4500 mm (kostenlos ?) erreicht würde, geht fehl. Von einer solchen Anpassung ist in ihren Angeboten keine Rede, obwohl sie einen Hinweis durchaus hätte anbringen können (und müssen). So heißt es in Ziffer 21.1 der "Technischen Vorschriften":

"Änderungen des Leistungsverzeichnisses dürfen nicht erfolgen. Die im Text offen gelassenen Stellen sind auszufüllen, da sonst eine Wertung des Angebotes in Frage gestellt ist. Sollten andere Vorschläge gemacht werden, so sind diese zusätzlich gesondert einzureichen. Hierbei ist ein genaue und ausführliche Beschreibung der entsprechenden Bauweise oder des Bauteils vorzunehmen...."

Danach waren Hinweise auf etwaige Abweichungen seitens der Antragsgegnerin sogar gefordert. Allein aus der Tatsache, dass die Antragstellerin die Mittelabdeckung des Kochblocks (Pos. 5.3.9) in einer Länge von 4500 mm angeboten hatte, ergab sich die vorgesehene Anpassung nicht; zumal die Abmessungen der Mittelabdeckung nach der Leistungsbeschreibung fest vorgegeben waren. Dem Argument der Antragstellerin, mit ihrem Ausschluss würden die Dinge zu formalistisch gesehen, ist entgegenzuhalten, dass die Unternehmen einen Anspruch auf eine strikte Beachtung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren (§ 98 Abs. 7 GWB) haben und nur so ein gleicher und transparenter Vergabewettbewerb (§ 98 Abs. 1 und 2 GWB) gewährleistet ist. Zudem: Hätte die Antragsgegnerin der Antragstellerin den Zuschlag auf das Haupt- oder Nebenangebot 1 erteilt, wäre der Vertrag mit von ihr unerwünschten längeren Küchenblock-Maßen zustande gekommen.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hatte die Antragsgegnerin nach Öffnung der Angebote keinen Anlass, sich bei der Antragstellerin über die Angebotsinhalte näher zu unterrichten (§ 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A). Die Angebote der Antragstellerin waren in dem hier strittigen Punkt eindeutig und mithin nicht aufklärungsbedürftig.

Auch das Nebenangebot 2 der Antragstellerin ist auszuschließen. Zwar hält es die vorgegebene Gesamtlänge für beide Küchenzeilen ein, jedoch ist, wie im Hauptangebot, die Spülzeile bestehend aus Auslauftisch (5.5.7 des Leistungsverzeichnisses: 850 mm, angeboten: 800 mm), Universalspülmaschine (5.5.6 des LV: 780 mm, angeboten: 1030 mm) und Vorspültisch (5.5.5 des LV: 850 mm, angeboten: 800 mm) um 150 mm zu lang angeboten. Auch dies muss die Antragsgegnerin nicht akzeptieren, sie darf es aus Gründen der Gleichbehandlung sogar nicht. Auf die Frage, ob die angebotenen Elemente an der vorgesehenen Stelle "passen" würden, insbesondere ob die Türe zum Bereich "Spüle" wirklich gegen den Auslauftisch stoßen würde, kommt es nicht einmal an.

Der beantragten Akteneinsicht bedurfte die Antragstellerin nicht, weil es nach dem Vorstehenden auf den Inhalt der Angebote der Mitbewerber nicht ankommt.

Von dem oben Ausgeführten abgesehen verfügt die von der Antragstellerin angebotene Universalspülmaschine "M..." nicht über die geforderten seitlichen Hebetüren. Dass insoweit vorgesehen war, die Hebetüren im Wege der Spezialanfertigung (kostenlos ?) nachzurüsten, lässt sich den Angeboten der Antragstellerin nicht entnehmen.

Im übrigen hat die Beigeladene die von der Antragsgegnerin gemachten Vorgaben eingehalten. Auf eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes kann sich die Antragstellerin daher schon im Ansatz nicht mit Erfolg berufen.

Die Kostenentscheidung ergeht in entsprechender Anwendung der §§ 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 GWB, § 162 Abs. 3 VwGO. 16

Der Beschwerdewert beträgt 5 % der von der Antragstellerin angebotenen Nettoauftragssumme (§ 12 a Abs. 2 GKG). 17

B... D... W... 18