
Datum:	06.10.2004
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	Vergabesenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	Verg 56/04
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2004:1006.VERG56.04.00

Tenor:

I.

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen und die Anschlussbeschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln vom 29. Juli 2004 – VK VOB 18/2004 werden zurückgewiesen.

II.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin tragen die Beigeladene zu 50 % und der Antragsgegner zu 50 %.

Die notwendigen Auslagen der Beigeladenen und des Antragsgegners tragen diese selbst.

III.

Für die Antragstellerin war die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten notwendig.

IV.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf ... € festgesetzt.

Gründe

A.

Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln hat dem Nachprüfungsantrag des Antragstellers stattgegeben und dem Antragsgegner aufgegeben, das Angebot der Beigeladenen von der Wertung auszuschließen und sodann eine neue Wertung der verbliebenen Angebote vorzunehmen. Das Angebot der Beigeladenen sei auszuschließen, da es zwingende Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht eingehalten habe. Der Antragsgegner habe in Ziff 3.1.4.5 des LV bindend vorgegeben, dass die Pressleisten nicht unmittelbar in die Holzprofile, sondern thermisch getrennt über ein in die Kunststoffdistanzleiste eingeschobenes Aluminiumprofil zu verschrauben seien. Die angebotene Konstruktion der Beigeladenen sehe aber hiervon abweichend gerade eine Verschraubung direkt in die Holzprofile vor. Eine bloße Abweichung von geforderten technischen Spezifikationen im Sinne von § 21 Nr. 2 VOB/A liege nicht vor.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beigeladene mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten sofortigen Beschwerde. Sie macht im wesentlichen geltend, den Verdingungsunterlagen sei nicht eindeutig zu entnehmen, dass Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes ausgeschlossen sein sollen. An mehreren Stellen der Unterlagen sei darauf hingewiesen worden, dass der Auftragnehmer auch eigene Profile und Profilsysteme anbieten könne. Darüber hinaus verstoße das Leistungsverzeichnis gegen § 9 Nr. 5 VOB/A, wie sie bereits in ihrem Schreiben vom 22. Juli 2004 gegenüber dem Antragsgegner gerügt habe. Bei dem von der Vergabekammer vorgenommenen engen Verständnis des Leistungsverzeichnisses sei allein die Antragstellerin in der Lage, die ausgeschriebene Leistung anzubieten, während fast alle anderen namhaften Hersteller ohne technische Notwendigkeit vom Wettbewerb ausgeschlossen worden seien.

Die Beigeladene beantragt,

die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und

den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zurückzuweisen.

Sie stellt in Abrede, dass sich der Antragsgegner bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses an einem Fassadensystem der Antragstellerin orientiert habe. Sie sei kein „Systemhaus“, sondern ein Fassadenbauer, der objektbezogene Fassadenkonstruktionen entwickle. Die Beigeladene selbst habe eingeräumt, dass es ihr möglich sei, die vom Antragsgegner ausgeschriebene Fassadenkonstruktion anzubieten. Die Rüge der Beigeladenen vom 22. Juli 2004 sei nicht unverzüglich erfolgt, so dass sie mit dem geltend gemachten Verstoß gegen § 9 Nr. 5 VOB/A präkludiert sei.

Der Antragsgegner hat mit Schriftsatz vom 25. August 2004 Anschlussbeschwerde eingelegt und beantragt,

die Entscheidung der Vergabekammer vom 29.07.2004 aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Zur Begründung nimmt er auf sein Vorbringen vor der Vergabekammer Bezug.

Die Antragstellerin beantragt,

die Anschlussbeschwerde zurückzuweisen	14
B.	15
I.	16
Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen ist zulässig aber unbegründet.	17
Die Vergabekammer hat dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu Recht stattgegeben und dem Antragsgegner aufgegeben, das Angebot der Beigeladenen von der Wertung auszuschließen und die verbleibenden Angebote neu zu werten. Das Vorbringen der Beigeladenen in der Beschwerdeinstanz führt zu keiner abweichenden Entscheidung.	18
1.	19
Das Angebot der Beigeladenen war gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A 2. Abschnitt zwingend von der Wertung auszuschließen, weil es eine nach § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen enthält.	20
Eine Änderung an den Verdingungsunterlagen liegt auch dann vor, wenn der technische Inhalt abgeändert und etwas anderes als die ausgeschriebene Leistung angeboten wird (Prieß in Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB Teil A, § 21 Rn. 39). Auf die Bedeutung der Abweichung und die wirtschaftlichen und technischen Auswirkungen kommt es nicht an, da nach dem Wortlaut des § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A 2. Abschnitt jedwede Änderung der Verdingungsunterlagen, und zwar auch die Änderung in einem einzelnen Punkt, zum Ausschluss eines Angebotes führt. Nur ein solches Verständnis wird dem Normzweck der genannten Vorschrift gerecht, der die Abgabe durchsichtiger, in den ausgewiesenen Leistungsmerkmalen identischer und miteinander ohne weiteres vergleichbarer Angebote sicherstellen und damit einen fairen Wettbewerb gewährleisten soll (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.11.2000 – Verg 21/00 - VergabE C-10-21/00; zur inhaltsgleichen Bestimmung der § 25 Nr. 1 Abs. 1 d), § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.03.2001 – Verg 32/00 – VergabE C-10-32/00).	21
a.	22
Das als Hauptangebot bezeichnete Angebot der Beigeladenen vom 2. März 2004 enthält gegenüber der geforderten Leistung technische Abweichungen.	23
So hat die Beigeladene schon in ihrem Angebotsbegleitschreiben unter Ziff. 3 darauf hingewiesen, dass die Verwendung ihres eigenen Systems E.im Vergleich zu den Systemmerkmalen der ausgeschriebenen Fenster-/Fassadenkonstruktion zu systembedingten Veränderungen führe. Dies ist auch tatsächlich der Fall, worauf die Vergabekammer zutreffend abgestellt hat. Der Antragsgegner hat sich nach den Vorgaben in der Leistungsbeschreibung für ein bestimmtes Fassaden-Konstruktionssystem entschieden. In Pos. 3.1.4 des LV ist eine Pfosten/Riegel-Konstruktion als Holz-Aluminium-Pressleistenkonstruktion ausgeschrieben. Gemäß Pos. 3.1.4.3 des LV sind die Aluminium-Pressleisten mit der inneren Tragekonstruktion (Pos. 3.1.4.5 des LV) über eine durchlaufende Kunststoffdistanzleiste zu verschrauben, wobei die Verschraubung thermisch getrennt über ein in die Kunststoffdistanzleiste eingeschobenes, durchgehendes Aluminiumprofil erfolgen soll. Ausdrücklich wird weiter ausgeführt: "Es darf keine Verschraubung direkt in die Holzprofile erfolgen". Eine solche Konstruktion hat die Beigeladene unstreitig nicht angeboten. Das von ihr angebotene System E.zeichnet sich unter anderem dadurch aus,	24

dass die Pressleistenverschraubung direkt in die Holzprofile erfolgt und die innere Dichtungsebene nicht die gesamte Profilbreite abdeckt.

b. 25

Das Angebot der Beigeladenen ist nicht gemäß § 25 Nr. 4 VOB/A 2. Abschnitt als Hauptangebot zu werten. Die dargestellten technischen Abweichungen zwischen dem angebotenen System E. und den konkreten Vorgaben zur Pressleistenverschraubung in der Leistungsbeschreibung sind nicht solche im Sinne von § 21 Nr. 2 Satz 1 VOB/A 2. Abschnitt. 26

Nach § 21 Nr. 2 Satz 1 VOB/A 2. Abschnitt darf eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweicht, angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muss gemäß § 21 Nr. 2 Satz 2 VOB/A 2. Abschnitt im Angebot eindeutig bezeichnet und die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nachgewiesen sein (§ 21 Nr. 2 Satz 3 VOB/A). Die vom Antragsgegner geforderte Art der Pressleistenverschraubung ist keine technische Spezifikation, von der unter den Voraussetzungen des § 21 Nr. 2 VOB/A 2. Abschnitt abgewichen werden darf. 27

Was unter dem Begriff der „technischen Spezifikation“ zu verstehen ist, bedarf er näherer Klärung. So wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass hierunter nur technische Regelwerke in Form von Normen, technischen Zulassungen oder in anerkannten Verfahren von den Mitgliedstaaten der EG entwickelte und veröffentlichte technische Vorgaben fallen (Prieß in Motzke/Pietzcker/Prieß, aaO. § 21 Rn. 46). In der Rechtsprechung finden sich demgegenüber Anzeichen, dass unter technischen Spezifikationen möglicherweise auch die im Leistungsverzeichnis individuell geforderten technischen Anforderungen an die zu vergebende Leistung zu verstehen sind. Das OLG München hat im Rahmen einer Schadensersatzklage gegen den öffentlichen Auftraggeber wegen eines geltend gemachten Verstoßes gegen § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A ausgeführt, der Bieter habe die Gleichwertigkeit seines von den technischen Spezifikationen abweichenden Angebotes nachzuweisen. Gegenstand der Ausschreibung war ein Falttor eines bestimmten Fabrikates (Typ G) oder gleichwertig; der Kläger hatte seiner Meinung nach ein technisch gleichwertiges Fabrikat angeboten (OLG München NJW-RR 1997, 1514 f.). Im Zusammenhang mit der Wertung eines Nebenangebotes über Asphaltsschichten (Decke und Binder) mit dem Bindemittel Sübit VR 35 und der erforderlichen Gleichwertigkeit mit der ausgeschriebenen Leistung (Splittmastixasphalt mit PmB 45) hat das BayObLG eine Abweichung von einer technischen Spezifikation angenommen, ohne sich allerdings damit zu befassen, was unter einer technischen Spezifikation zu verstehen ist (BayObLG, Beschluss vom 21.11.2001 – Verg 17/01 - VergabeR 2002, 286). Das OLG Koblenz und das OLG Brandenburg haben die aufgeworfene Frage jeweils offengelassen, da jedenfalls die übrigen Voraussetzungen des § 21 Nr. 2 VOB/A nicht erfüllt waren (OLG Koblenz VergabeR 2003, 567, 572; ebenso OLG Brandenburg NZBau 2002, 694 f.). 28

Nach Auffassung des Senates führt eine Auslegung von § 21 Nr. 2 VOB/A 2. Abschnitt zu dem Ergebnis, dass ein Abweichen der angebotenen Leistung von vorgesehenen „technischen Spezifikationen“ nur dann anzunehmen ist, wenn die Leistung anhand von allgemein formulierten, standardisierten technischen Vorgaben beschrieben ist. Nicht hierunter fallen die vom Auftraggeber individuell für den Einzelfall konkret ausgewählten und geforderten technischen Vorgaben. 29

aa. 30

31

Unter dem Begriff Spezifikation ist nach allgemeinem Sprachgebrauch eine Aufstellung mit Einzelangaben zu verstehen (Gabler, Wirtschaftslexikon, 11. Aufl., Seite 1347 „spezifizieren“; Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 11. Aufl., „Spezifikation“). Dies führt vorliegend indes nicht weiter, weil eine Aufstellung mit technischen Einzelangaben sowohl vom Auftraggeber für den individuellen Einzelfall als auch in Form von technischen Regelwerken für eine Vielzahl von Fällen erarbeitet worden sein kann.

bb. 32

Die Begriffsbestimmungen im Anhang TS Technische Spezifikationen zur VOB/A deuten allerdings darauf hin, dass unter technischen Spezifikationen allgemeine technische Regelwerke und nicht die individuell auf den Einzelfall bezogenen technischen Vorgaben des Auftraggebers zu verstehen sind. 33

In Ziff. 1.1. des Anhang TS findet sich folgende Begriffsbestimmung: 34

„Technische Spezifikationen“ sind sämtliche, insbesondere in den Verdingungsunterlagen 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 öffentlichen Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen. Zu diesen technischen Anforderungen gehören Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit und Abmessungen, ebenso die **Vorschriften** für Materialien, Erzeugnisse oder Lieferungen hinsichtlich Qualitätssicherung, Terminologie, Bildzeichen, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung. Außerdem gehören dazu auch die **Vorschriften** über die Planung und die Berechnung von baulichen Anlagen, die Bedingungen für die Prüfung, Inspektion und Abnahme von baulichen Anlagen, die Konstruktionsmethoden oder –verfahren und alle anderen technischen Anforderungen, die der öffentliche Auftraggeber bezüglich fertiger baulicher Anlagen oder der dazu notwendigen Materialien oder Teile durch **allgemeine oder spezielle Vorschriften** anzugeben in der Lage ist“. 35

Inhaltsgleich ist die Begriffsbestimmung im Anhang VI 1.a) der bis zum 31.01.2006 umzusetzenden Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge. 36

Die in Satz 2 und 3 der Begriffsbestimmung enthaltene Aufzählung verdeutlicht, dass es sich bei den genannten technischen Anforderungen neben Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit und Abmessung vor allem um solche handelt, die in allgemeinen oder speziellen **Vorschriften** geregelt sind. Des Weiteren wird der Begriff der Technischen Spezifikationen in den Zusammenhang mit nationalen und europäischen Normen und technischen Zulassungen gestellt. In Ziff. 1.5 wird der Begriff der „Gemeinsamen technischen Spezifikation“ bestimmt. Die Gemeinsamkeit wird dadurch begründet, dass die technische Spezifikation nach einem von den Mitgliedstaaten anerkannten Verfahren erarbeitet worden ist, um die einheitliche Anwendung in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen. 37

In diesem Sinne regelt auch § 9 Nr. 4 Abs. 2 VOB/A 2. Abschnitt die Beschreibung der zu vergebenden Leistung. Die technischen Anforderungen sind danach in den Verdingungsunterlagen unter Bezugnahme auf die im einzelnen aufgeführten gemeinschaftsrechtlichen Spezifikationen (das sind in innerstaatliche Normen übernommene europäische Normen, europäische technische Zulassungen und gemeinsame technische 38

Spezifikationen) festzulegen und, falls solche nicht vorhanden sind, unter Bezugnahme auf einzelstaatliche technische Spezifikationen in der in Ziff. 2 des Anhangs TS vorgesehenen Rangfolge. Von individuellen auf das konkrete Bauvorhaben bezogene technischen Vorgaben des Auftraggebers im Leistungsverzeichnis ist nicht die Rede.

Diesem Verständnis von dem Begriff der Technischen Spezifikationen steht nach Ansicht des Senats auch nicht die Regelung in Artikel 23 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 entgegen, die sich darüber verhält, wie die technischen Spezifikationen zu formulieren sind. Nach Art. 23 Abs. 3 b) können technische Spezifikationen auch in Form von Leistungs- und Funktionsanforderungen formuliert werden. Nach Auffassung des Senats ist hierunter zu verstehen, dass der Auftraggeber die technischen Anforderungen an die Leistung nicht nur unter Bezugnahme auf bestimmte Normen oder Zulassungen formulieren kann – wie in Art. 23 Abs. 3 a) vorgesehen –, sondern auch, indem er den Auftragsgegenstand allgemein danach beschreibt, welche Eigenschaften er besitzen und welche Funktionen er erfüllen soll. Dies impliziert, dass der Auftraggeber keine konkrete technische Lösungsmöglichkeit zum Erreichen der gewünschten Anforderungen vorgibt, sondern es dem Bieter überlässt, welche technische Lösung er anbietet.

cc. 40

Darüber hinaus spricht das Verhältnis zum Regelungsgehalt des § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A 2. Abschnitt dafür, dass unter den in § 21 Nr. 2 VOB/A 2. Abschnitt genannten technischen Spezifikationen nur allgemeine technische Anforderungen an die ausgeschriebene Leistung zu verstehen sind. Wenn jede technische Abweichung von den Verdingungsunterlagen ein Abweichen von technischen Spezifikationen wäre, dann käme es nur noch auf die Frage der Gleichwertigkeit zwischen der angebotenen und der ausgeschriebenen Leistung an; einen eigenen Anwendungsbereich hätte § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A insoweit nicht mehr.

dd. 42

Schließlich findet das gefundene Auslegungsergebnis auch eine Bestätigung durch den Sinn und Zweck des 1992 in die VOB/A aufgenommenen § 21 Nr. 2, der darauf abzielt, dass auch ausländische Bieter nach ihren in nationalen technischen Spezifikationen enthaltenen Normen anbieten können, wenn die Leistung entsprechend gleichwertig ist. Die Zulassung von Abweichungen in technischen Spezifikationen dient der Gewährleistung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs innerhalb der EU in den Bereichen, in denen gemeinsame europäische Normen und gemeinsame technische Spezifikationen nicht definiert sind (vgl. Motzke/Pietzcker/Prieß, aaO., VOB/A § 21 Rn. 44 m.w.Nachw.; OLG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17. Juni 2003 – Az. 1 Verg 9/03 www.jurisweb.de).

Ist somit davon auszugehen, dass unter technischen Spezifikationen nur technische Regelwerke und ggf. auch allgemeine Eigenschafts- und Funktionsbeschreibungen des Auftragsgegenstandes zu verstehen sind, stellt die von der Beigeladenen angebotene Fensterkonstruktion keine Abweichung von vorgegebenen technischen Spezifikationen im Sinne von § 21 Nr. 2 VOB/A 2. Abschnitt dar.

Der Auftraggeber hat die Pfosten-/Riegel Konstruktion nicht anhand von technischen Regelwerken oder allgemeinen Eigenschafts- und Funktionsbeschreibungen beschrieben, sondern er hat sich für eine ganz bestimmte Holz-Aluminium-Pressleistenkonstruktion entschieden. Er hat hierbei deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Pressleiste nicht direkt in die Holzprofile verschraubt werden soll, sondern thermisch getrennt über ein in die

Kunststoffdistanzleiste eingeschobenes durchgehendes Aluminiumprofil. Im LV ist ausdrücklich als Verbot formuliert: „Es darf keine Verschraubung direkt in die Holzprofile erfolgen“. In Anbetracht dieser eindeutig formulierten Vorgaben ist für eine Auslegung der Leistungsbeschreibung kein Raum. Aus diesem Grund kann der Antragsgegner auch nicht mit Erfolg einwenden, es sei ihm ungeachtet der vorgegebenen Konstruktion erkennbar nach dem Sinn und Zweck der in Rede stehenden Leistungsbeschreibung nur darum gegangen, ein bestimmtes Schutzniveau zu erreichen, nämlich eine Tauwasserbildung bei niedrigen Temperaturen auf der Holzseite zu vermeiden. Nichts anderes ergibt sich aus Pos. 1.3 des LV und 10.10.11 der Anlage zum Formblatt 214 EVM (B) BVB.

So heißt es in 1.3 des LV unter der Überschrift „Technische und formale Qualitätsanforderungen an die Fassade“ : 46

„...Die hierfür geforderten formalen und technischen Lösungen sind aus den nachstehenden Unterlagen ersichtlich bzw. ablesbar:... 47

Diese Grundkonzeption ist die verbindliche Angebotsgrundlage und definiert das qualitative Mindestmaß, welches keinesfalls unterschritten werden darf. 48

Zum Erreichen dieser Grundkonzeption ist dem AN freigestellt, eigene Profile oder Profilsysteme anzubieten....“. 49

In Ziff. 10.10.11 der Anlage zum Formblatt 214 EVM (B) BVB ist ausgeführt: 50

„ Dem AN wird ausdrücklich gestattet, Nebenangebote oder Änderungsvorschläge zu machen. Verwiesen wird hierzu auf das Formblatt Bewerbungsbedingungen EVM (B) BwB/E Ziffer 4 und EVM (B) A Ziffer 5.2“. 51

Diesen Formulierungen kann aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers nicht entnommen werden, dass ein Angebot, das von bestimmten in der Leistungsbeschreibung konkret für das Hauptangebot geforderten technischen Merkmalen (hier: Verschraubung der Pressleiste) abweicht, im Falle der technischen Gleichwertigkeit noch als Hauptangebot zu behandeln ist. Die Eigenschaft als Hauptangebot behält das Angebot nur dann, wenn die angebotene Leistung keine technischen und konzeptionellen Abweichungen von der Leistungsbeschreibung aufweist und auch im Übrigen gleichwertig ist. Anderenfalls ist das Angebot notwendig als Nebenangebot zu qualifizieren (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 9. April 2003 – Verg 69/02 - VergabE C – 10-69/02). Der Antragsgegner hat durch die genannten Regelungen deshalb allein deutlich gemacht, dass auch andere technische Lösungsmöglichkeiten angeboten werden können, allerdings als Nebenangebot und nicht als Hauptangebot. 52

c. 53

Das Angebot der Beigeladenen konnte ohne ein Hauptangebot indes nicht als Nebenangebot gewertet werden. Der Antragsgegner hat gemäß § 10 Nr. 5 Abs. 4 Satz 1 VOB/A in den Vergabeunterlagen wirksam angeordnet, dass Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes ausnahmsweise ausgeschlossen werden. 54

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (EVM (B) A EG) heißt es unter Ziff. 5.2 ausdrücklich: 55

„Abweichend von Nr. 4.3 der Bewerbungsbedingungen gilt bei Nebenangeboten Folgendes: 56

57

Nebenangebote sind nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen. (siehe WBVB Nr. 10.10.11)“.

In 4.3 der Bewerbungsbedingungen (EVM (B) BwB/E) war ursprünglich vorgesehen, dass Nebenangebote, die in technischer Hinsicht von der Leistungsbeschreibung abweichen, auch ohne die Abgabe eines Hauptangebotes zugelassen sind. Diese allgemeine, in den vorformulierten Vertragsbedingungen enthaltene Bestimmung ist durch die (speziellere) Regelung in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes abgeändert worden. 58

Entgegen dem Vorbringen der Beigeladenen findet sich in Ziff. 10.10.11 der Anlage zum Formblatt 214 EVM (B) BVB keine hiervon abweichende oder zu Unklarheiten führende Regelung. Es wird dort im Zusammenhang mit der ausdrücklichen Gestattung von Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen auf die gerade zitierten Bewerbungsbedingungen Ziffer 4 EVM (B) BwB/E und Ziffer 5.2 EVM (B) A verwiesen. Durch diesen Verweis ist aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen Bieters klargestellt, dass Nebenangebote nur zusammen mit einem Hauptangebot zugelassen sind. 59

2. 60

Die dargestellten technischen Abweichungen des von der Beigeladenen angebotenen Systems E.könnten allenfalls dann unerheblich sein, wenn die Vergabestelle dadurch, dass sie in der Leistungsbeschreibung Mindestanforderungen - hier in Form der besonderen Pressleistenverschraubung – gestellt hat, ihrerseits gegen Vergaberegeln verstoßen und unzulässige Vergabebedingungen gestellt hätte. Dies ist allerdings nicht der Fall. Die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin verstößt nicht gegen § 9 Nr. 5 VOB/A 2. Abschnitt. 61

Gemäß § 9 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A dürfen bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmt Ursprungsorte und Bezugsquellen nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden, wenn dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt ist. Insoweit ist anerkannt, dass es zu einer solchen Rechtfertigung objektiver, in der Sache selbst liegender Gründe bedarf, die sich zum Beispiel aus der besonderen Aufgabenstellung des Auftraggebers, aus technischen oder gestalterischen Anforderungen oder auch aus der Nutzung der Sache ergeben können. Hierfür genügt, dass sich die Forderung besonderer Merkmale, bezogen auf die Art der zu vergebenden Leistung, rechtfertigen lässt, mithin sachlich vertretbar ist, womit dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass in die (auch) kaufmännische Entscheidung des Auftraggebers, welche Leistung mit welchen Merkmalen nachgefragt und ausgeschrieben werden soll, regelmäßig eine Vielzahl von Gesichtspunkten einfließt, die sich etwa daraus ergeben, dass sich die auf dem Markt angebotenen Leistungen trotz grundsätzlicher Gleichartigkeit regelmäßig in einer Reihe von Eigenschaften unterscheiden. Eine Differenzierung nach solchen Kriterien, soweit sie auf die Art der zu vergebenden Leistung bezogen sind, kann dem Auftraggeber nicht verwehrt werden, und nach welchen sachbezogenen Kriterien er seine Entscheidung auszurichten hat, ist ihm in Nachprüfungsverfahren nicht vorzuschreiben (Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., VOB/A § 9 Rn. 83; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.03.2001 – Verg 32/00- VergabE C-10-32/00 zu dem insoweit inhaltsgleichen § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOL/A). 62

Ausgehend hiervon war die Anforderung einer thermisch getrennten Pressleistenverschraubung bei der Pfosten/Riegelkonstruktion durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt und hinzunehmen. Wie dem Schreiben der ... vom 28.04.2004 zu entnehmen ist, sind Holz-Pfosten/Riegelkonstruktionen sehr hohen Belastungen durch Bewitterung und Schwankungen der Luftfeuchte insbesondere während 63

der Bauzeit und der ersten Bezugsmonate ausgesetzt. Diese Feuchtebelastungen führen zunächst zu Quellsbewegungen der Holzprofile und dabei zu Zwängungen in den Anschlusspunkten. In den ersten Monaten des Gebäudebezuges kehrt sich dieser Vorgang durch die fertig gestellte Gebäudeabdichtung bzw. –beheizung und damit einhergehendem Sinken der Luftfeuchtigkeit zum Schwinden um. Hierdurch können Undichtigkeiten in der äußeren Dichtebene entstehen, die sich negativ auf die Haltbarkeit, Gebrauchstauglichkeit und nicht zuletzt auch auf die Optik der Fassade auswirken. Zur Überwindung dieser „Stressphase“ hat sich der Antragsgegner, beraten von der E.1., für eine Konstruktion entschieden, die eine durchgängige innere Dichtungsebene aufweist. Bestandteil dieser durchgängigen Dichtungsebene ist die geforderte thermisch getrennte Verschraubung der Pressleisten, da hierdurch eine Feuchtigkeitsbelastung durch Kondens- oder Leckwasser an der Verschraubung verhindert wird. Unter diesen Umständen sind die Anforderungen der Vergabestelle nicht zu beanstanden, sondern sachlich vertretbar und hinzunehmen.

Die Beigeladene kann nicht mit Erfolg einwenden, die vom Antragsgegner geforderte Pfosten/Riegelkonstruktion würde zu einer wettbewerbsfeindliche Verengung des Angebotsmarktes führen, weil praktisch nur die Antragstellerin in der Lage gewesen sei, eine Konstruktion anzubieten, die die geforderten technischen Merkmale erfüllt. Eine derartige Bewertung widerspricht der vorgetragenen und unstreitigen Tatsachenlage. Zwar mag sein, dass Fassadenbaufirmen, die Fassadensysteme von Systemhäusern anbieten – die Beigeladene und die Antragstellerin nennen insoweit übereinstimmend die Firmen T., N. und J.– nicht in der Lage sind, die geforderte Pfosten/Riegelkonstruktion anzubieten. So hat aber die Beigeladene selbst zum einen eingeräumt, dass sie in der Lage ist, Sonderlösungen zu erarbeiten (Ziff. 7 ihres Schreibens vom 22.07.2004, Bl. 23 GA) und zum anderen haben einschließlich der Antragstellerin noch mehrere andere Bieter die Pfosten/ Riegelkonstruktion so wie ausgeschrieben angeboten.

II. 65

Die mit Schriftsatz vom 25.08.2004 erhobene Anschlussbeschwerde des Antragsgegners ist zulässig aber unbegründet. 66

1. 67

Die Zulässigkeit einer unselbständigen Anschlussbeschwerde ist im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren nicht ausdrücklich geregelt, jedoch nach herrschender Meinung in der Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, gestützt auf allgemeine Verfahrensgrundsätze zulässig (BayObLG NZBau 2003, 342, 346; OLG Dresden Baur 2000, 1582, 1585; OLG Jena BauR 2000, 1629, 1631; OLG Naumburg, Beschluss vom 26.02.2004 – 1 Verg 17/03 -; a.A. OLG Sachsen-Anhalt Beschluss vom 20.12.2001 – 1 Verg 12/01 – mit der Begründung das GWB kenne eine Anschlussbeschwerde nicht). Jedoch ist die Anschlussbeschwerde entsprechend § 542 Abs. 2 Satz 2 ZPO, § 127 Abs. 2 Satz 2 VwGO nur statthaft, wenn sie innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Beschwerdebegründung eingelegt wird. 68

Diese Frist hat der Antragsgegner eingehalten. Nach Zustellung der Beschwerdebegründung am 19.08.2004 hat sie mit dem am 26.08.2004 bei dem Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz vom 25.08.2004 Anschlussbeschwerde eingelegt. 69

2. 70

Die Anschlussbeschwerde hat keinen Erfolg. 71

a.	72
Zu Recht hat die Vergabekammer die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin bejaht. Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie dargetan hat, dass ihr durch den behaupteten Vergaberechtsfehler ein Schaden zu entstehen droht.	73
Der Antragsgegner kann nicht mit Erfolg einwenden, das Angebot der Antragstellerin sei zwingend gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A 2. Abschnitt von der Wertung auszuschließen, weil bestimmte Erklärungen und Nachweise entgegen § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nicht zusammen mit dem Angebot, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgelegt worden seien. Zwar ist richtig, dass die Antragstellerin sowohl den Nachweis des in Ziff. 3.1.4.1 des LV geforderten Wärmekoeffizienten als auch die in ihrem Schreiben vom 2.4.2004 aufgelisteten Anlagen nicht zusammen mit ihrem Angebot vom 2.3.2004 vorgelegt hat. Hierzu war sie aber nach den Vergabeunterlagen auch nicht verpflichtet. So finden sich in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes unter Ziffer 3 „Vorlage von Nachweisen“ in der unter Ziff. 3.2 vorgesehenen Rubrik „Mit dem Angebot sind vorzulegen:...” keine Eintragungen. Ziff. 3.1 sieht demgegenüber vor, dass der Bieter zum Nachweis seiner Zuverlässigkeit gemäß § 8 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A einen Auszug aus dem Gewerbezentralregister und einen Auszug aus dem Bundeszentralregister nur auf Verlangen der Vergabestelle, also gerade nicht zusammen mit dem Angebot vorzulegen hat. In Ziff. 4 ist geregelt, dass die Erteilung des Auftrages von bestimmten, im einzelnen genannten Nachweisen abhängig gemacht werden kann. Auch die dort genannten Unterlagen müssen also nicht zusammen mit dem Angebot, sondern spätestens vor der Erteilung des Zuschlags vorliegen. Ziff. 7 der Bewerbungsbedingungen (EVM (B) BwB/E) sieht unter der Überschrift „Eignungsnachweis“ vor, dass der Bieter nur auf Verlangen eine Bescheinigung der Berufsgenossenschaft vorzulegen hat.	74
Das Angebot der Antragstellerin ist auch nicht deshalb von der Wertung auszuschließen, weil sie in der Kurzfassung ihres LV nicht wie in Pos. 1.13.9 vorgesehen 1.000 Stück zweiflügelige Holz-/Aluminium-Paniktüren sondern nur 1 Stück zu einem Einheitspreis von ... € angeboten hat. Sein diesbezügliches Vorbringen vor der Vergabekammer hat der Antragsgegner ausdrücklich nicht mehr aufrecht erhalten	75
b.	76
Soweit der Antragsgegner im Übrigen geltend gemacht hat, das Angebot der Beigeladenen sei nicht von der Wertung auszuschließen, ist dem nicht zu folgen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen zur der Beschwerde der Beigeladenen Bezug genommen.	77
C.	78
Das Nachprüfungsverfahren ist nicht gemäß § 124 Abs. 2 GWB dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen.	79
Der Senat legt als tragende Begründung seiner Entscheidung keinen Rechtssatz zu Grund, der mit einem die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts tragenden Rechtssatz nicht übereinstimmt. Es liegt keine Divergenz zu den zitierten Entscheidungen des OLG München und des BayObLG vor. In beiden Judikaten kam es nicht entscheidend darauf an, welche Vorgaben des Auftraggebers unter den Begriff der Technischen Spezifikationen fallen.	80

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beigeladenen vom 27.09.2004 gibt dem Senat im Übrigen keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen.	81
D.	82
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO analog.	83
Der Wert des Beschwerdegegenstandes war gemäß § 12 a GKG ausgehend von 5 % der Nettoangebotssumme der Beigeladenen auf ... € festzusetzen.	84
