
Datum: 14.10.2009
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 9/09
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2009:1014.VII.VERG9.09.00

Tenor:

Die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln vom 20. Februar 2009 (VK VOB 44/2008) werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer werden jeweils zur Hälfte der Antragstellerin und - insoweit als Gesamtschuldern - zur weiteren Hälfte der Antragsgegnerin und der Beigeladenen auferlegt. Auslagen und Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten sind in jenem Verfahren nicht zu erstatten.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind je zur Hälfte von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu tragen.

Streitwert für das Beschwerdeverfahren: bis 170.000 Euro

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)

1

I. Die Antragsgegnerin schrieb im Jahr 2008 nach VOB/A die Lieferung und Montage der elektrotechnischen Ausrüstung für die Mess-, Steuer- und Regelungstechnik bei der Errichtung des Pumpwerks und Regenwasserklärbeckens Merkenicher Straße in Köln-Niehl im offenen Verfahren aus. Dazu waren u.a. mehrere Drehstrom-Trocken-Transformatoren nach näherer Spezifizierung des Leistungsverzeichnisses (OZ 3.16 und 3.17) mit Leitmaterial aus Kupfer zu liefern und einzubauen. Die Antragstellerin und die Beigeladene beteiligten sich mit Angeboten. Das Angebot der Beigeladenen lag um rund 450.000 Euro unter dem der

2

Antragstellerin.

Im Zuge der Angebotswertung forderte das mit der technischen Prüfung befasste Ingenieurbüro die Beigeladene auf zu bestätigen, dass die Transformatoren (LV Pos. 3.16 und 3.17) mit dem Leitmaterial Kupfer ausgestattet und kalkuliert seien. Die Beigeladene bestätigte dies zunächst auch, räumte auf Nachforschungen des Ingenieurbüros beim Lieferanten der Transformatoren und Vorhalt des Ergebnisses aber ein, in der fehlerhaften Annahme, die Transformatoren wiesen Leitmaterial aus Kupfer auf, tatsächlich allerdings solche mit einem Aluminium-Leitmaterial angeboten zu haben. Für den Fall, dass Transformatoren mit Leitmaterial aus Kupfer gefordert würden, gab die Beigeladene Mehrpreise an. Später erklärte sie sich bereit, Transformatoren mit dem Leitmaterial Kupfer zu den im Angebot genannten Preisen zu liefern. 3

Unter dem 28.11.2008 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin, der Zuschlag solle auf das wirtschaftlichere Angebot der Beigeladenen ergehen. Darauf richtete die Antragstellerin, die Erkundigungen über den ihr aus der Submission bekannten Angebotspreis der Beigeladenen eingezogen hatte, unter dem 4.12.2008 eine "Vergabebeschwerde" an die Vergabepflichtstelle und sandte eine Zweitschrift davon an die Antragsgegnerin. Nachdem ein zur Klärung angesetztes Gespräch mit Vertretern der Antragsgegnerin am 9.12.2008, dessen Inhalt streitig ist, zu keiner Einigung führte, brachte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag an. Sie begehrte Unterlassung des Zuschlags an die Beigeladene und stattdessen die Erteilung des Zuschlags auf ihr, der Antragstellerin, Angebot. 4

Im Verfahren vor der Vergabekammer haben die Verfahrensbeteiligten in der Sache vornehmlich darüber gestritten, wie das Angebot der Beigeladenen zu verstehen sei (Transformatoren mit Leitmaterial aus Kupfer oder Aluminium?). Die Vergabekammer hat das Angebot der Beigeladenen in der Frage, welches Leitmaterial die Transformatoren aufweisen sollten, für widersprüchlich gehalten und hat nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A einen Ausschluss des Angebots von der Wertung für angezeigt erachtet. Im Ausspruch hat die Vergabekammer der Antragsgegnerin aufgegeben, die Angebote unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen einer erneuten Wertung zu unterziehen. Auf die Gründe der Entscheidung wird verwiesen. 5

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben dagegen sofortige Beschwerde erhoben. Sie machen im Wesentlichen geltend: 6

Die Antragstellerin habe die Rügeobliegenheit verletzt. 7

Das Angebot der Beigeladenen sei dahin zu verstehen gewesen, dass sie Transformatoren mit dem Leitmaterial Kupfer angeboten habe. Dahin sei auch ihr Wille gegangen. Das Angebot sei insofern keiner Auslegung bedürftig oder auch nur zugänglich. 8

Das Angebot der Antragstellerin sei vom Wettbewerb auszuschließen. Die Antragstellerin habe sich in nicht näher bekannter, aber unlauterer Weise Informationen über den Inhalt des Angebots der Beigeladenen beschafft und diese im Nachprüfungsverfahren verwendet. Darüber hinaus habe sie unter OZ 11.20 des Leistungsverzeichnisses (Pollerleuchten des Fabrikats S...) zwar ein zugelassenes Alternativfabrikat (B...) angeboten, aufforderungsgemäß jedoch nicht den Typ benannt. 9

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen, 10

11

unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses den Nachprüfungsantrag abzulehnen.

- Die Antragstellerin beantragt, 12
- die sofortigen Beschwerden zurückzuweisen. 13
- Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer und tritt den 14
Beschwerden entgegen. Sie hält die Ausschreibung von Pollerleuchten des Fabrikats S... für
nicht vergaberechtskonform.
- Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze Bezug 15
genommen.
- Der Senat hat zum Inhalt des Klärungsgesprächs zwischen der Antragstellerin und der 16
Antragsgegnerin vom 9.12.2008 die Zeugen R., B., O., K. und W. vernommen.
- II. Die sofortigen Beschwerden haben in der Sache keinen Erfolg. Die Angebote sind, wie die 17
Vergabekammer mit Recht entschieden hat, einer erneuten Wertung zu unterziehen. Dabei
hat das Angebot der Beigeladenen auszuscheiden. Das Vergabeverfahren muss wegen
unzulässiger produktspezifischer Ausschreibung unter OZ 11.20 des Leistungsverzeichnisses
(Pollerleuchten S...) freilich nicht notwendig in den Stand vor Aufforderung zur
Angebotsabgabe und Übersendung eines um den Mangel bereinigten
Leistungsverzeichnisses zurückversetzt und insofern (mindestens) teilweise aufgehoben
werden. Das Angebot der Antragstellerin darf jedoch nicht von der Wertung ausgeschlossen
werden. Im Einzelnen:
1. Die Antragstellerin hat die Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht verletzt. 18
Die Antragstellerin konnte lediglich mutmaßen und für wahrscheinlich halten, dass das
Angebot der Beigeladenen in kalkulationswesentlichen Punkten von den
Ausschreibungsunterlagen abwich. Kenntnis davon, und zwar schon eine Tatsachenkenntnis,
hat sie nicht davon nicht besessen. Der exakte Inhalt des Angebots der Beigeladenen ist der
Antragstellerin erst im Nachprüfungsverfahren bekannt geworden. Im Nachprüfungsverfahren
selbst musste die Antragstellerin nicht mehr rügen (ebenso BGH, Beschl. v. 26.9.2006 - X ZB
14/06, VergabeR 2007, 59, 65 Rn. 37).
2. Das Angebot der Beigeladenen ist von der Wertung auszunehmen, weil es unzulässige 19
Änderungen an den Verdingungsunterlagen aufweist (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b, § 21 Nr. 1 Abs. 3
VOB/A). Unter OZ 3.16 und 3.17 des Leistungsverzeichnisses waren nach näherer
Spezifizierung Lieferung, Aufstellung und Anschluss von Drehstrom-Trocken-
Transformatoren mit Leitmaterial (Wicklung) aus Kupfer ausgeschrieben. Die Beigeladene hat
- u.a. dadurch erklärt sich die Preisdifferenz zum Angebot der Antragstellerin - jedoch
Transformatoren mit Aluminium-Leitmaterial angeboten. Zwar hat sich die Beigeladene in
Nachverhandlungen bereit gefunden, zum Angebotspreis Transformatoren mit Kupfer-
Wicklung zu liefern und einzubauen. Dies ist indes das Ergebnis unstatthafter
Nachverhandlungen gewesen (§ 24 Nr. 3 VOB/A). Das Angebot der Beigeladenen ist
inhaltlich abgeändert worden, mit der Folge, dass die Änderungen nicht zu berücksichtigen
sind. Unzulässig nachverhandelte Angebotsinhalte können - dies verbieten schon die
vergaberechtlichen Prinzipien der Gleichbehandlung und der Transparenz - keinesfalls
Grundlage des Zuschlags sein. Die rechtlichen Konsequenzen stehen außer Streit; sie
bedürfen keiner weiteren Begründung. Umstritten ist allein, wie das Angebot der
Beigeladenen zu verstehen war und wie es namentlich von der Antragsgegnerin tatsächlich
verstanden worden ist.

a) Das innerhalb der Angebotsfrist vorgelegte Angebot der Beigeladenen war bei OZ 3.16 und 3.17 des Leistungsverzeichnisses auf die Lieferung und Montage von Drehstrom-Trocken-Transformatoren mit Aluminium-Wicklung gerichtet. Dies folgt aus der Auslegung des Angebots, die deswegen geboten ist, weil die Verfahrensbeteiligten über dessen Verständnis streiten. Die zu einem Vergabeverfahren als einem dem Zivilrecht unterliegenden Vertragsanbahnungsverfahren eingegangenen Angebote sind nach den darüber im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Regeln auszulegen. Angebote in Vergabeverfahren sind im Rechtssinn empfangsbedürftige Willenserklärungen. Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung einer solchen Willenserklärung - ohne Haftung am buchstäblichen Ausdruck - der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen. Zu den Prüfungsmaßstäben hat der Bundesgerichtshof ausgeführt (BGH, Urt. v. 26.10.1983 - IVa ZR 80/82, NJW 1984, 721 m.w.N., gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung):

Wird der tatsächliche Wille des Erklärenden bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bewiesen oder sogar zugestanden ... und hat der andere Teil sie ebenfalls in diesem Sinn verstanden, dann bestimmt dieser Wille ... den Inhalt des Rechtsgeschäfts, ohne dass es auf Weiteres ankommt. Denn der wirkliche Wille geht, wenn alle Beteiligten die Erklärung übereinstimmend in eben diesem Sinne verstanden haben, nicht nur dem Wortlaut, sondern jeder anderweitigen Interpretation vor ... Gelingt es dagegen nicht festzustellen, was der Erklärende wirklich gewollt und dass der Empfänger die Erklärung in diesem Sinne verstanden hat, dann ... kommt es ... in einer weiteren Stufe des Auslegungsvorganges ... darauf an, wie der Empfänger der empfangsbedürftigen Willenserklärung diese bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu verstehen hatte ... (Ende des Zitats).

Nicht bei der Frage, wie der Erklärungsempfänger (hier der öffentliche Auftraggeber) die Willenserklärung (das Angebot) nach den Umständen zu verstehen hatte, aber bei der Feststellung, wie er sie tatsächlich verstanden hat, dürfen und müssen auch spätere Vorgänge, insbesondere das nachträgliche Verhalten oder Erklärungen des Bieters insoweit berücksichtigt werden, als sie Rückschlüsse auf seinen tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers zulassen können (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 24.6.1988 - V ZR 49/87, NJW 1988, 2878, 2879; Urt. v. 16.10.1997 - IX ZR 164/96, NJW-RR 1998, 259; Urt. v. 16.9.1998 - V ZR 77/87, NJW-RR 1989, 198, 199; Urt. v. 26.11.1997 - XII ZR 308/95, NJW-RR 1998, 801, 803; Urt. v. 7.12.2006 - VII ZR 166/05, BauR 2007, 574 Rn. 18 - jeweils m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.11.2000 - Verg 21/00, VergabeR 2001, 38, 39; Beschl. v. 12.3.2007 - VII-Verg 53/06). Die so zu umschreibenden Auslegungsstufen und Regeln sind von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen nicht zutreffend auf den zu entscheidenden Fall übertragen worden.

b) Im Streitfall mag die Beigeladene bei der Vorbereitung und Einreichung ihres Angebots angenommen haben, sie biete gemäß dem Angebot ihres Vorlieferanten G... Transformatoren mit dem Leitmaterial Kupfer an. Feststellen kann der Senat dies freilich nicht, denn bei der Beigeladenen handelt es sich um ein Fachunternehmen auf dem Gebiet der Elektrotechnik, das in seinen Reihen über das nötige Know-how verfügt, die Unstimmigkeiten im Angebot des Vorlieferanten zu erkennen, die - wie der Preis, das Gewicht und das Leistungsvermögen der angebotenen Transformatoren - darauf hindeuteten, dass die Wicklungen aus Aluminium, nicht aber aus Kupfer bestehen sollten. Sei es, wie es sei: Von einem insoweit klaren und nicht weiter auslegungsbedürftigen Inhalt des Angebots (nämlich Leitmaterial aus Kupfer) kann schon deswegen nicht ausgegangen werden, weil unabhängig von der Beigeladenen nicht nur das von der Antragsgegnerin beauftragte Ingenieurbüro, sondern - wie deren Vertreter im Senatstermin am 23.9.2009 erklärt haben -

auch die Antragsgegnerin Zweifel daran hatte, dass die Beigeladene Transformatoren mit Kupferwicklung angeboten hatte, und beide das Angebot jedenfalls nicht in diesem Sinn verstanden haben. Darin fügt sich zwanglos die Nachfrage des Ingenieurbüros bei der Beigeladenen danach ein, ob die Wicklungen der Transformatoren in Kupfer ausgeführt würden. Die Nachfrage ist ohne dahingehende Zweifel nicht zu erklären. Bei dieser Sachlage liegt entgegen der Meinung der Beschwerden kein Fall vor, in dem sich der Inhalt des Angebots (und des anschließenden Rechtsgeschäfts) allein nach dem vom anderen Teil (der Antragsgegnerin) geteilten Willen des Erklärenden (der Beigeladenen) bestimmt und es auf eine weitere Auslegung nicht ankommt. Dem stehen nicht ausgeräumte Zweifel daran entgegen, ob die Beigeladene Transformatoren mit Wicklungen aus Kupfer anbieten wollte, sowie ferner die Gewissheit, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Beigeladenen jedenfalls nicht in dieser Weise verstanden hat (vgl. BGH, Urt. v. 26.10.1983 - IVa ZR 80/82, NJW 1984, 721 m.w.N.). Daneben ist hier auch aus dem späteren Verhalten der Beigeladenen darauf zurückzuschließen, dass tatsächlich nicht Transformatoren mit Kupferwicklungen, sondern solche mit dem Leitmaterial Aluminium angeboten worden sind, m.a.W., dass die Zweifel, ob das Angebot der Beigeladenen in diesem Punkt ausschreibungskonform war, tatsächlich sogar zutrafen. Die Beigeladene hat auf Vorhaltungen, die ihr im Wege der Aufklärung über den Angebotsinhalt gemacht worden sind, eingeräumt, objektiv Transformatoren mit dem Leitmaterial Aluminium angeboten zu haben.

c) Da nicht bereits aus dem Angebotswillen und dem Verständnis des Erklärungsempfängers (der Antragsgegnerin) auf einen klaren Inhalt des Angebots geschlossen werden kann - hier wirkt sich aus, dass der Senat nicht feststellen kann, die Beigeladene habe die Transformatoren ausschreibungswidrig mit Aluminium-Wicklung anbieten wollen, allein die Antragsgegnerin und die von ihr zugezogenen Ingenieure haben gezweifelt, ob das Angebot nicht in diesem Sinn zu verstehen sei -, kommt es in einer weiteren Stufe des Auslegungsvorgangs darauf an, wie der Empfänger der empfangsbedürftigen Willenserklärung (hier die Antragsgegnerin) diese bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu verstehen hatte (vgl. BGH, Urt. v. 26.10.1983 - IVa ZR 80/82, NJW 1984, 721 m.w.N.). 24

Auch objektiv hatte das Angebot der Beigeladenen indes nicht den Erklärungswert, dass Transformatoren mit dem Leitmaterial Kupfer offeriert werden sollten. Dagegen sprachen die evident geringeren Preisangaben, die nicht auf Transformatoren mit einer Wicklung aus Kupfer zutreffen konnten. Dagegen sprachen auch die Gewichtsangaben, die für Transformatoren mit Kupferwicklung ebenso wenig richtig sein konnten (2.700 : 3.500 kg). Und dagegen sprachen die angegebenen geringeren Leistungswerte, mithin all dasjenige, was der Antragsgegnerin und den von ihr beauftragten Ingenieuren Veranlassung gegeben hatte, bei der Beigeladenen nachzufragen, über welches Leitmaterial die angebotenen Transformatoren denn nun verfügen sollten. Auf die Frage, ob die angesprochenen Zweifelspunkte wertungsrelevant waren, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Hier geht es allein um die Auslegung des Angebots der Beigeladenen. Ebenso wenig ist darauf abzustellen, dass der vorgedruckte Text des Leistungsverzeichnisses, der auch dem Angebot der Beigeladenen zugrundelag, eine Verwendung des Leitmaterials Kupfer vorsah, und die Beigeladene daran keine sprachlichen Änderungen vorgenommen hat. Die Vergabekammer hat in dem gerade der Auslegung des Angebots der Beigeladenen geltenden und sehr abgewogen begründeten Teil ihrer Entscheidung deshalb angenommen, das Angebot der Beigeladenen sei in dem Punkt "Leitmaterial aus Kupfer" nicht eindeutig und in sich widersprüchlich (VKB 22 ff.). Der Senat meint, dass das Angebot der Beigeladenen in dieser Frage nicht nur missverständlich, sondern bei den vorauszusetzenden fachlichen Verständnismöglichkeiten sogar klar dahin auszulegen war, dass jedenfalls nicht die 25

geforderten Transformatoren mit Kupfer-Wicklung angeboten worden sein konnten. Was den Auslegungsmaßstab anbelangt, war den Teilnehmern an der Ausschreibung - wie außer Streit steht - bekannt, dass die Antragsgegnerin durch ein Fachingenieurbüro sachverständig beraten war. Einem auf dem Gebiet der Elektrotechnik Fachkundigen musste nach den Umständen klar sein, dass die Beigeladene, und zwar wegen der Unstimmigkeiten bei den Preisen, bei den Gewichten und bei den Leistungswerten nicht die verlangten kupfergewickelten Transformatoren angeboten haben konnte, und dass ihr Angebot insofern - ungeachtet dessen, dass das Wort "Kupfer" beim Leitmaterial nicht geändert worden war - abwich von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses. Infolgedessen ist das Angebot der Beigeladenen von der Wertung auszuschließen.

3. Das Angebot der Antragstellerin ist entgegen den Beschwerden nicht aus Wettbewerbsgründen vom Vergabeverfahren auszuschließen. Allerdings hat der öffentliche Auftraggeber nach § 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A ungesunde Begleiterscheinungen in Vergabeverfahren, wie z.B. wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen von Bietern, zu bekämpfen. Sofern einem festgestellten Wettbewerbsverstoß namentlich unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit der Mittel nicht anders begegnet werden kann, zieht dies in der Regel den Ausschluss des Angebots (oder des betreffenden Bieters) vom Vergabeverfahren nach sich. Bedenken hat der Senat lediglich daran, ob in derartigen Fällen auch der Ausschlussgrund des § 25 Nr. 1 Abs. 1 c VOB/A herangezogen werden kann (Ausschluss von Bietern, die in Bezug auf die Ausschreibung eine Abrede getroffen haben, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt). Die Ausschlussgründe des § 25 Nr. 1 VOB/A (nicht anders verhält es sich im Anwendungsbereich des § 25 Nr. 1 VOL/A) sind restriktiv anzuwenden. Sie erlauben keine erweiternde Auslegung oder eine entsprechende Anwendung auf - vermeintlich - gleich oder ähnlich gelagerte Fallgestaltungen.

26

Der Antragstellerin ist indes keine feststellbare und nach § 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A wettbewerbswidrige Verhaltensweise vorzuwerfen, selbst wenn man - unabhängig davon, ob dies gutzuheißen ist - daran den Prüfungsmaßstab anlegen wollte, den das Brandenburgische OLG im Beschluss vom 6.10.2005 (Verg W 7/05, WRP 2005, 1550 = BeckRS 2005, 11750) darauf angewandt hat. Der Senat hat darüber, um die Entscheidung auf eine möglichst sichere Tatsachengrundlage zu stellen, und zwar über den Inhalt des Klärungsgesprächs zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin vom 9.12.2008, Beweis durch Zeugenvernehmung erhoben. Die Zeugen R., B. und O. (Bedienstete der Antragsgegnerin, die an dem Gespräch teilgenommen haben) haben insofern von aus dem Angebotspreis der Beigeladenen rückschließenden Einwendungen der Vertreter der Antragstellerin berichtet, wonach das Angebot der Beigeladenen nicht ausschreibungskonform sei. Einzelheiten aus dem Angebot der Beigeladenen, insbesondere Preise, sollen von keiner Seite offenbart worden sein. Zur Position "Pflichtenheft" des Leistungsverzeichnisses sollen die Vertreter der Antragstellerin den Angaben der Zeugen R., B. und O. zufolge - überraschend - aber den (jedenfalls) ungefähren Preis aus dem Angebot der Beigeladenen genannt haben. Daraus haben die Zeugen gefolgert, der Antragstellerin sei das Angebot der Beigeladenen bekannt gewesen, wobei sie sich diese Kenntnis in wettbewerbswidriger Weise erschlossen habe. Die Zeugen K. (Mitarbeiter der Antragstellerin) und W. (Rechtsanwalt der Antragstellerin - beide Zeugen haben am Gespräch vom 9.12.2008 als Vertreter der Antragstellerin teilgenommen) haben in Abrede gestellt, das Angebot der Beigeladenen gekannt oder den Inhalt in Erfahrung gebracht zu haben. Ihre Aussagen sind nicht unglaubhaft.

27

An den Aussagen der Zeugen R., B. und O. erstaunt, weshalb die Vertreter der Antragstellerin ausgerechnet den Angebotspreis der Beigeladenen für das Pflichtenheft

28

gekannt und im Gespräch vom 9.12.2008 offenbart haben sollen, nicht hingegen irgendwelche Details, welche die Ausstattung der Transformatoren und die diesbezüglichen Einheitspreise betrafen. Der Preis für das Pflichtenheft spielte bei der Wertung eine lediglich untergeordnete Rolle (ca. 1.400 Euro). Unter anderem der Preis für die Transformatoren hatte trotz der daran in der Sache anzubringenden Zweifel (betreffend Preis, Gewicht, Leistungsfähigkeit) das Angebot der Beigeladenen indes auf den ersten Platz gebracht. Hätte die Antragstellerin das Angebot der Beigeladenen gekannt, wäre von daher anzunehmen gewesen, dass die Vertreter der Antragstellerin in dem genannten Gespräch auch die, und zwar die konkreten, Preis-, Leistungs- und Gewichtsdaten der von der Beigeladenen angebotenen Transformatoren thematisiert hätten. Dies ist nach den insoweit übereinstimmenden Aussagen der Zeugen indes nicht geschehen und weckt Zweifel daran, ob der Antragstellerin der Inhalt des Angebots der Beigeladenen inhaltlich bekannt war. Wenn dies der Fall gewesen sein sollte, hätten die Vertreter der Antragstellerin im Gespräch vom 9.12.2008 aus ihrer entsprechenden Tatsachenkenntnis Nutzen ziehen können und dies naheliegendermaßen wohl auch zu tun versucht. Der Umstand, dass dies auch nach den Aussagen der Zeugen R., B. und O. unterblieben ist, obwohl es aus damaliger Sicht der Antragstellerin erfolgsversprechend sein konnte, begründet Zweifel daran, ob die Antragstellerin das Angebot der Beigeladenen kannte und daraus wettbewerbswidrige Vorteile zu erstreiten gesucht hat. Die als Rüge auszulegende Vergabebeschwerde der Antragstellerin vom 4.12.2008 und die Begründung des Nachprüfungsantrags offenbaren ebenso wenig Kenntnis vom Inhalt des Angebots der Beigeladenen. Den Nachteil der Nichterweislichkeit eines danach nicht erwiesenen wettbewerbswidrigen Verhaltens der Antragstellerin haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu tragen. Ihnen obliegt der Nachweis der tatsächlichen Voraussetzungen für den Ausschluss eines Angebots oder Bieters.

4. Das Angebot der Antragstellerin ist wegen der unterbliebenen Typenangabe unter OZ 11.20 des Leistungsverzeichnisses nicht von der Wertung auszuschließen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b, § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A). 29

a) Der dahingehende Vortrag der Antragsgegnerin und der Beigeladenen ist im Beschwerderechtszug zu prüfen. Die Vergabekammer hat dieses nach Schluss der mündlichen Verhandlung angebrachte Vorbringen wegen Verletzung der aus § 113 Abs. 2 Satz 1 GWB folgenden Verfahrensförderungspflicht zwar ausgeschlossen. Jedoch sind nach den im Beschwerdeverfahren anzuwendenden Bestimmungen der Zivilprozessordnung die Verspätungsvorschriften nicht auf einen Vortrag nach Schluss der mündlichen Verhandlung anzuwenden (vgl. u.a. Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 296 ZPO Rn. 4a). 30

b) Das Angebot der Antragstellerin unterliegt in der Sache aber keinem Ausschluss. Angebote sollen die geforderten Erklärungen, hier zum Fabrikat und zum Typ einer geforderten Pollerleuchte, enthalten (OZ 11.20 des Leistungsverzeichnisses). Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot zwar die verlangte Fabrikatsangabe gemacht, nicht jedoch den Typ der angebotenen Leuchte benannt. Dennoch ist ihr Angebot wegen dieses Mangels nicht von der Wertung auszunehmen, weil die Antragsgegnerin unter der genannten Ordnungsziffer des Leistungsverzeichnisses unstatthafte produktspezifische Vorgaben angebracht hat. Ausgeschrieben war eine Pollerleuchte "Fabrikat: S..., Type: ... oder gleichwertig". Dies stellt einen Rechtsverstoß gegen § 9 Nr. 10 VOB/A dar. Nach dieser Bestimmung darf in technischen Spezifikationen, d.h. in der Leistungsbeschreibung, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, nur auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder dergleichen verwiesen werden, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Eine derartige Rechtfertigung ist im Streitfall auch nicht im Ansatz zu erkennen. Daran fehlte es selbst dann, 31

wenn im Zuge früherer Arbeiten bei der Errichtung des Pumpwerks die Befestigungskonstruktionen (Montageplatten) für die Pollerleuchten bereits hergestellt worden wären. Denn es ist nicht konkret und nachvollziehbar vorgetragen worden, die Befestigungskonstruktionen seien so ausgeführt, dass sie sich nur für eine Montage von Pollerleuchten des Fabrikats S... eigneten. Die Aufnahme des Zusatzes "oder gleichwertig" führt aus dem Verbot der produktspezifischen Ausschreibung nicht hinaus. Ein solcher Zusatz ist in Verbindung mit dem Verweis auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft nur zugelassen, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Dies ist hier nicht der Fall. Die ausgeschriebenen Pollerleuchten konnten hinsichtlich aller Anforderungen an ihre Beschaffenheit und die Eigenschaften, insbesondere Form und Aussehen, Materialien, Korrosionsschutz und Lebensdauer betreffend, ohne weiteres abstrakt beschrieben werden. Eine Verletzung der Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB kann in diesem Punkt nicht festgestellt werden. Der Antragstellerin war der Rechtsverstoß gegen das Gebot zu produktneutraler Ausschreibung nicht nachweislich bekannt. Sie ist - wie nicht zuletzt die Antragsgegnerin auch - vielmehr einer verbreiteten, nichtsdestoweniger fehlerhaften Annahme entsprechend ersichtlich davon ausgegangen, der Verweis auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft sei durch den Zusatz "oder gleichwertig" gewissermaßen geheilt.

Da die Antragstellerin eine im Rahmen einer unstatthaften produktspezifischen Ausschreibung geforderte Typenangabe versäumt hat, darf ihr Angebot wegen dieses Mangels nicht von der Wertung ausgeschlossen werden. Durch einen Ausschluss würde sie in ihren Bieterrechten verletzt. Denn der Ausschluss beruhte auf dem der Antragsgegnerin zuzurechnenden Verstoß gegen das Gebot zu produktneutraler Ausschreibung. Wer so ausschreibt, erwirbt keine rechtliche Handhabe, Angebote, die im Zuge einer solchen Ausschreibung nicht alle verlangten Angaben oder Erklärungen enthalten, von der Wertung auszunehmen.

32

Wegen des vorgenannten Mangels ist die Antragsgegnerin jedoch nicht dazu angehalten, das Vergabeverfahren bis zum Stand der Aufforderung zur Angebotsabgabe und Übersendung um produktspezifische Vorgaben bereinigter Verdingungsunterlagen zurückzusetzen und von da an neu zu beginnen. Die Antragstellerin ist infolge der Vorgabe eines bestimmten Leuchtenfabrikats nicht in Bieterrechten verletzt worden. Sie macht eine Rechtsverletzung ebenso wenig geltend, sondern wäre in ihren Rechten lediglich betroffen, sofern ihr Angebot wegen einer unterlassenen Typenangabe, die im Rahmen der vergaberechtswidrig auf ein bestimmtes Produkt eingeeengten Ausschreibung gefordert worden war, von der Wertung ausgeschlossen würde. Andererseits ist der Antragsgegnerin eine (teilweise) Aufhebung des Vergabeverfahrens ebenso wenig verwehrt. Sie kann sich dazu mit Erfolg bislang zwar auf keinen Grund nach § 26 Nr. 1 VOB/A berufen, ist aber nicht schlechthin gezwungen, die Ausschreibung unverändert mit einem entsprechenden Auftrag zu beenden. Dem stehen die Grundsätze der Privatautonomie und der Vertragsabschlussfreiheit entgegen (vgl. BGH, Urt. v. 5.11.2002 - X ZR 232/00, NZBau 2003, 168; Urt. v. 16.12.2003 - X ZR 282/02, NZBau 2004, 283, 284). Welchen Fortgang das Vergabeverfahren nimmt, unterliegt dem Ermessen der Antragsgegnerin, in dessen Ausübung die Nachprüfungsinstanzen nicht einzugreifen haben. Im Ergebnis hat es darum bei der Entscheidung der Vergabekammer, wonach die Angebote einschließlich desjenigen der Antragstellerin, aber unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen, einer erneuten Wertung zu unterziehen sind, zu verbleiben.

33

Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 128 Abs. 3, 4 GWB sowie auf entsprechender Anwendung der §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO. Der Umstand, dass die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer Erteilung des Zuschlags auf ihr Angebot begehrt, aber mit

34

Recht nicht erlangt hat, führt zu einer hälftigen Beteiligung an den Verfahrenskosten. Da sich die Beigeladene am Verfahren vor der Vergabekammer mit eigenen Ausführungen beteiligt hat, fallen ihr anteilig ebenfalls Kosten zur Last.

Dicks Dieck-Bogatzke Frister

35