

## Beschluss

**250-4002.20-4646/2010-013-J**

### I.

In dem Nachprüfungsverfahren, §§ 102 ff.,  
auf Grund des Antrages vom 12.11.2010, 1. der Fa. xxxxxGmbH, xxx ./.. 2. den Freistaat  
Thüringen, vertr. d. d. Landesamt für xxx, betreffend die Ausschreibung: "xxx, Umbau und  
Sanierung der Häuser 1 bis 3 für Zwecke der xxx, Vergabe-Nr.: 1696/10-B-EO-51"

Verfahrensbeteiligte:

1.

die Fa. xx GmbH,  
vertr. d. d. GF Herrn xx  
xxxx  
x

**- Antragstellerin -  
(AST)**

Verfahrensbevollmächtigte: RA'e xxxxxx

gegen

2.

den Freistaat Thüringen,  
vertr. d. d. Landesamt xx  
vertr. d. d. Amtsleiter xxx  
xxxxx  
xxx

**- Vergabestelle -  
(VST)**

beigetragen:

3.

die Fa. xxx GmbH xx,  
vertr. d. d. GF Frau xxx  
xxxx  
xxxx

**- Beigetragen -  
(BEI)**

hat die Vergabekammer Freistaat Thüringen, in der Besetzung mit

Herrn Regierungsrat Scheid als Vorsitzendem,  
Herrn Dr. Bilzer als hauptamtlichem Beisitzer und  
Herrn Losse als ehrenamtlichem Beisitzer,

ohne mündliche Verhandlung

am 29.11.2010 beschlossen :

1. Der Antrag der Antragstellerin wird als unbegründet zurückgewiesen.
2. Die Kosten (Gebühren und Auslagen der Vergabekammer) des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen.
3. Die Höhe der Gebühr wird auf xxx,- € festgesetzt. Auslagen sind nicht zu erstatten.
4. Die Antragstellerin hat auch die der Vergabestelle im Nachprüfungsverfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Kosten zu tragen.
5. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst, sie hat keine Anträge gestellt.

## II. Begründung

### 1. Sachverhalt

Die VST schrieb den Bauauftrag „Umbau und Sanierung der Häuser 1 bis 3 für Zwecke der TLL“, im Wege eines Offenen Verfahrens, europaweit aus.

Es erfolgte die Angabe der wesentlichsten auszuführenden Leistungen inklusive deren Mengenansätze.

In der Bekanntmachung wurde als Zuschlagskriterium der Preis genannt. Varianten/Nebenangebote waren nicht zugelassen.

Die Leistungsbeschreibung erfolgte als Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis. Die zum Ausschluss der AST führenden Positionen 4.10.30 und 4.10.40 lauteten:

#### „Pos. 4.10.30

##### **Gummi-Linien-Gleitlager für Betonfertigteile**

*Liefern und Verlegen von Liniengleitlagern im Deckenauflegerbereich mit bauaufsichtlicher Zulassung zur Lagerung von Betonfertigteilen. Mit einem Gleitweg senkrecht zur Lagerachse vom +/-25 mm und einem Gleitweg parallel zur Lagerachse von +/-15 mm. Reibungszahl  $\mu = 0,10$  für Lagertemperatur bis  $-25^{\circ}\text{C}$*

*Qualitätsvorgabe:*

*ESZ Gummi-Linien-Gleitlager GLSBBP*

*Hersteller "ESZ Wilfried Becker GmbH"*

*Typ: „1“ oder gleichwertiger Art*

*Hersteller „.....“*

*(vom Bieter angeboten)*

*Typ: „.....“*

*(vom Bieter angeboten)*

*Lagerbreite: 60 mm*

*Lagerdicke: 10 mm*

*zulässige Auflast: mind. 300 kN/m*

*zulässige Verdrehung: 15 ‰*

*zulässige Pressung: 7,50 n/mm<sup>2</sup>*

35,50 m ..... ..

**Pos. 4.10.40**

**Gummi-Linien-Gleitlager für Ortbetonbauteile**

Lieferrn und Verlegen von Liniengleitlagern im Deckenauflegerbereich mit bauaufsichtlicher Zulassung zur Lagerung von Ortbetonteilen. Mit einem Gleitweg senkrecht zur Lagerachse vom +/- 25 mm und einem Gleitweg parallel zur Lagerachse von +/- 15 mm. Reibungszahl  $\mu = 0,10$  für Lagertemperatur bis  $-25^{\circ}\text{C}$

Qualitätsvorgabe:

ESZ Gummi-Linien-Gleitlager GLSBBP

Hersteller "ESZ Wilfried Becker GmbH"

Typ: „3“ oder gleichwertiger Art

Hersteller „.....“  
(vom Bieter angeboten)

Typ: „.....“  
(vom Bieter angeboten)

Lagerbreite: 60 mm

Lagerdicke: 10 mm

Blindschalungsbreite

innen: ca. 110 mm

außen: ca. 400 mm

zulässige Auflast: mind. 300 kN/m

zulässige Verdrehung: 5 ‰

zulässige Pressung: 7,50 n/mm<sup>2</sup>

16,20 m ..... ..

Zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung (25.08.2010, 13.00 Uhr) lagen lt. Niederschrift über die Öffnung der Angebote von zehn Firmen Angebote vor.

Bieterrangfolge rechnerisch geprüft:

1. AST 100,00 %

2. BEI 102,63 %

usw.

Die AST führte als angebotenes Produkt/Hersteller in ihrem Angebot unter

**Pos. 4.10.30**

„Hersteller: LP/GLT

Typ: TDG 27 SZ“

und unter

**Pos. 4.10.40**

„Hersteller: LP/GLT

Typ: TDG 27 SZ“

an.

Mit Schreiben vom 05.11.2010 teilte die VST der AST gemäß § 101a GWB mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle, da es nicht alle in den Verdingungsunterlagen gestellten Bedingungen erfülle.

„Die angebotenen Produkte der Pos. 4.10.30 und 4.10.40 entsprechen nicht den Anforderungen des Leitproduktes. Die zul. Pressung des Leitfabrikates ESZ Gummi-Linien-Gleitlager

*GLSBBP des Herstellers W.Becker, Typ 3, beträgt 7,50 N/mm<sup>2</sup>. Die zul. Pressung des angebotenen Produktes Letschuplast GLT beträgt nur 3,00 N/mm<sup>2</sup>. Damit ist die Gleichwertigkeit nicht gegeben.“*

Es erfolgte auch die Mitteilung, dass der Zuschlag am 16.11.2010 an die BEI erteilt werden solle.

Lt. Vortrag der AST im Antrag, habe sich diese durch einen konkret benannten, zuständigen Mitarbeiter nach Erhalt des obigen Schreibens am 09.11.2010 mit der darin benannten Ansprechpartnerin der VST (Name aufgeführt) in Verbindung gesetzt und die falsche Beurteilung des angebotenen Produktes Letschuplast, betreffend dessen Gleichwertigkeit bezüglich des vorgegebenen Leitfabrikates, gerügt. Nach den ausführlichen Erläuterungen habe die VST erklärt, dass es bei deren Entscheidung – Ausschluss der AST – bleibe.

Die mündliche Rüge der AST wurde, lt. Vergabeakte der VST, durch einen Aktenvermerk der von der AST angesprochenen Mitarbeiterin der VST vom 09.11.2010 bestätigt (S. 001330 Vergabeakte).

Mit Schreiben vom 12.11.2010 (Eingang Vergabekammer: 12.11.2010, 17:24 Uhr) beantragte die AST bei der Vergabekammer des Freistaates Thüringen:

1. der VST zu untersagen den Zuschlag auf das Angebot der BEI zu erteilen,
2. die VST zu verpflichten die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebotes der AST und der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. der VST die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Kosten der AST aufzuerlegen,
4. die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die AST als notwendig zu erklären.

Es werde auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Zur Begründung führte die AST aus, dass sie, obwohl zwischenzeitlich auf Platz 1 des Bieterverfahrens liegend, nicht den Zuschlag erhalten solle.

Die Begründung der VST laute, dass das in den Positionen 4.10.30 und 4.10.40 angebotene Gummi-Linien-Gleitlager (Letschuplast GLT Typ TDG 27 SZ) nicht den Anforderungen des vorgegebenen Leitfabrikates (ESZ Gummi-Linien-Gleitlager GLSBBP, Fa. W. Becker GmbH) entsprechen solle.

Dieses treffe nicht zu.

Das angebotene Produkt besitze dieselbe Auflastfähigkeit wie das Leitfabrikat der VST (min. 300 kn/m).

Unterschiedlich sei nur die Kernbreite, welche bei dem angebotenen Produkt 100 mm und bei dem Leitfabrikat 60 mm betrage. Die geringere zulässige Pressung (n/mm<sup>2</sup>) des angebotenen Produktes gegenüber dem Leitfabrikat werde durch dessen breitere Ausführung ausgeglichen und damit die gleichwertige Auflastfähigkeit erreicht. Die breitere Ausführung führe angesichts der vorgegebenen Wandstärken von über 100mm zu keinen konstruktiven oder optischen Nachteilen.

Über das Gleitlager werde die Übertragung von Schallwellen zwischen Wänden und Decken verhindert. Für die Ausführung sei die Gleitlagerbreite unerheblich, entscheidend sei die zulässige Auflast, die bei beiden Produkten bei 300 kn/m liege. Im Übrigen erreiche das angebotene Produkt bei der sogenannten Verdrehung bessere Werte. Durch den mittig angeordneten Elastomerkern werde die Auflast bei Auflagerverdrehung im mittleren Drittel des tragenden Bauteils abgetragen, was zur Vermeidung von Schubrisen, überhöhten Kantenpressungen, Abplatzungen und Kipprissen im Mauerwerk führe.

Zwecks Beweises werde die Einholung eines Sachverständigengutachtens empfohlen.

Die AST habe mit ihrem Angebot die Bedingungen der VST vollständig erfüllt, der genannte Ausschlussgrund sei kein zulässiges Kriterium um die Ungleichwertigkeit des angebotenen Produktes zu belegen.

Die AST führt zu einer gegenüber der VST vorgenommenen mündlichen Rüge am 09.11.2010 (siehe oben) aus.

Das genannte Leitfabrikat „*unterscheidet sich bei den hier zu verbauenden Mängel nur sehr unwesentlich ...*“

Da die AST das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe, die Angebotsdifferenz zur BEI mehr als 5.000 € betrage, das eigene Angebot sich für beiden Positionen auf 1.262,24 € belaufe, die Kosten für das Leitfabrikat der VST sich auf nicht mehr als 1.500,00 € belaufen würden, würde selbst im Fall des Einsatzes des Leitfabrikates die Reihenfolge der Angebote nicht in Frage gestellt werden.

Außerdem werde gerügt, dass die VST monatelang den bekannten vorgeblichen Produktunterschied und die behauptete fehlende Gleichwertigkeit erst unmittelbar vor der Zuschlagserteilung gerügt habe.

Dieses sei unbillig und verkürze den Rechtsschutz der AST.

Mit Datum vom 15.11.2010 beschloss die Vergabekammer des Freistaates Thüringen den Antrag der AST der VST zu übermitteln und forderte diese unter Terminsetzung zur Übergabe der vollständigen, durchnummerierten Vergabeakte, der Kostenberechnung und eines Blanketts der Vergabeunterlagen, sowie ohne Terminsetzung zur Stellungnahme zum Antrag auf.

Mit Datum vom 18.11.2010 beschloss die Vergabekammer die Beiladung der BEI.

Mit Schreiben vom 22.11.2010 forderte die Vergabekammer die Beteiligten unter Fristsetzung zu einer Erklärung, betreffend den Verzicht einer mündliche Verhandlung, auf.

Mit Schreiben vom 23.11.2010 stimmte die AST, und die BEI mit Schreiben vom 24.11.2010, einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung, nach Aktenlage, zu.

Mit Schreiben vom 25.11.2010 beantragte die VST bei der Vergabekammer des Freistaates Thüringen die Anträge der AST kostenpflichtig zurückzuweisen und erklärte gleichzeitig ihren Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Zur Begründung führte die VST aus, dass ihrerseits keine Verletzung von Vergabevorschriften vorliege, die AST zwingend auszuschließen sei.

Der Ausschlussgrund liege in einer unzulässigen Änderung der Verdingungsunterlagen in den Positionen 4.10.30 und 4.10.40.

Die in den genannten Positionen ausgeschriebenen Gummi-Linien-Gleitlager sowie die dazu ausdrücklich als Qualitätsvorgaben genannten Kennzahlen hätten ihren Ursprung in den konstruktiven und statischen Rahmenbedingungen (sehr geringe Auflagersituation an der Außenwand aufgrund vorhandener Auflagerbreiten und anschließendem Ringbalken, Auflagerung von zwei Spannbetondecken auf einer gegenüberliegenden Innenwand von 24 cm Breite, Voraussetzung für ausreichenden Abstand zur Wandvorderkante bei zentrierter Lasteinleitung sind Gleitlager max. 60 mm im Auflagerbereich mit großer zulässiger Spannung). Die Einbringung eines 60 mm breiten Gleitlagers an der Außenwand führe zur mittigen Eintragung der Auflagerkräfte. Dem entspreche die Bewehrung, sei die Prüfstatik durchgeführt worden. Ein 100 mm breites Gleitlager würde zur nichtmittigen Eintragung der Auflagerkräfte führen, hätte die notwendige Veränderung der Statik und Prüfstatik zur Folge. Deshalb treffe die Unerheblichkeit der Gleitlagerbreite nicht zu.

Die Gleitlagerbreite 100 mm im Bereich Innenwandaufleger mit notwendigem Randabstand zur Auflagerkante hätte zur Folge, dass der notwendige Ringanker nicht mehr ausgeführt werden könne.

Aus diesen Gründen wären die Kennzahlvorgaben erfolgt und auch zwingend einzuhalten. Das angebotene Produkt der AST erfülle in den beiden Positionen zum einen nicht die Vorgaben der VST und zum anderen könne ein Produkt mit der Kernbreite 100 mm aus statischen Gründen nicht angewendet werden.

Nach eigenen Recherchen läge auch keine Wettbewerbseinschränkung vor, da zumindest das Produkt eines anderen Herstellers die vorgegebenen Kennzahlen erfüllen würde.

Insoweit die AST vorgetragen habe, das wirtschaftlichste Angebot zu haben, sei dieses angesichts der Nichterfüllung der Forderungen aus den Vergabeunterlagen unerheblich.

Der Ausschluss habe zwingend erfolgen müssen.

Mit Schreiben vom 25.11.2010 führte die AST auf den obigen Schriftsatz der VST aus, dass Mit dem angebotenen Produkt und dessen Kernbreite von 100mm ein gleichwertiges Produkt vorliege, mit welchem auch eine zentrierte Lasteintragung möglich sei. Eine Veränderung der Statik und Prüfstatik sei nicht erforderlich. Der in Bezug genommene Ringanker könne eingebaut werden. Aus der vorgelegte Zeichnung (Blatt 1287 Schnitt F-F) ergebe sich kein Nachteil bei der Verwendung des angebotenen Produkts, da die Auflagekräfte auch bei einem 60mm breiten Gleitlager nicht nur senkrecht nach unten abgeleitet würden. Die Auflagekraftverteilung erfolge letztlich immer ausspreizend auf die gesamte Wand. Der Ringanker diene nicht zu einem Verbund in die Wand nach unten. Auch bei einem 60mm breiten Gleitlager wäre der eingezeichnete Ringanker von ca. 12cm Breite im Kontakt mit dem Gleitlager.

Es werde darauf hingewiesen, dass die o.g. Zeichnung kein Bestandteil der Vergabeunterlagen gewesen sei und so nicht erkennbar gewesen sei, dass die VST meint, dass ein Ringanker nur ein schmales Gleitlager zulasse, was aber nicht zutrefte.

In dem maßgeblichen Blatt der Verdingungsunterlagen werde angemerkt „Wichtig ist aus unserer Sicht vor allem die zul. Auflast.“ Diese explizit formulierte Mindestanforderung werde durch das Angebot erfüllt. In der Absage beziehe sich die VST nur auf die zul. Pressung, welche aber lt. deren Schriftsatz vom 25.11.2010 unbeachtlich sei, wogegen zu intervenieren sei.

Die wesentliche Eigenschaft aller Gleitlager sei die Auflast. Durch die unterschiedlichen Materialien komme es zu unterschiedlichen Breiten.

Die vorliegenden Wandstärken wären üblich, die Verdingungsunterlagen ließen keinen anderen Schluss zu.

Es müsse für die Bieter erkennbar sein, worauf die VST besonderen Wert lege. Dieses gelte insbesondere dann, wenn die Ausschreibung ein Merkmal als „wichtig“ hervorhebe und die Breite des Gleitlagers bekanntermaßen, bei den vorliegenden üblichen Wandstärken, keine Rolle spiele.

Das Gleitlager habe nicht die Funktion die Auflagerkräfte senkrecht in der Breite des Gleitlagers durch die gesamte Wand nach unten in deren konstanter Breite abzuleiten. Die Auflagerkräfte würden sich in Abhängigkeit von der Bewehrung mindestens in einem Winkel von 45° zu den Seiten der Wand ausbreiten.

Gleitlager würden lediglich Spannungen und Schallübertragungen zwischen Wand und Decke verhindern, bzw. einschränken und Rissen vorbeugen. Aus statischen Gründen sei die Breite des Gleitlagers aus den gegebenen Umständen unerheblich.

Der Angebotsausschluss sei unbegründet und rechtswidrig.

Mit Schreiben vom 26.11.2010 führte die AST ergänzend aus, dass das von der VST als weiteres geeignetes Produkt bezeichnete „Ciparall Gleitlager ST“ keine bauaufsichtliche Zulassung besitze, grundlegende Eigenschaften der Verdingungsunterlagen nicht erfüllt würden. Die VST habe ein offensichtlich nichtgleichwertiges Produkt als gleichwertig bezeichnet.

Wenn gleichwertige Produkte in den Verdingungsunterlagen zugelassen würden, müsse davon auszugehen sein, dass es auch gleichwertige Produkte gebe. Dieses treffe vorliegend aber nicht zu, die Verdingungsunterlagen wären damit unrichtig.

Die Verdingungsunterlagen hätten eindeutig formulieren müssen, dass es auf eine Breite von 60mm ankomme. Ein Verweis auf die vorliegende Statik mit entsprechenden Details hätte der Ausschreibung beiliegen, bzw. der Zusatz „maximal“ erfolgen müssen.

Die geforderte Breite sei keine Anforderung die Qualität betreffend. Maßgeblich wären nur die Punkte Auflast und Verdrehung.

Das Nebenangebot der AST sei quantitativ und qualitativ gleichwertig. Die Breite von 60mm sei nicht und auch nicht erkennbar als Mindestanforderung formuliert worden. Die Nutzungsart sei nur wie im üblichen Rahmen auftretend dargestellt worden, in welchem es auf die Breite des Gleitlagers nicht ankomme. Allein die ausdrücklich formulierte Mindestanforderung der Auflast sei maßgebend, die vom Angebot der AST erfüllt werde.

Hinsichtlich des Inhaltes der Unterlagen, insbesondere der eingereichten Angebote, wird auf die Vergabeakte in Gestalt der bei der Vergabekammer vorliegenden Nachprüfungsakte verwiesen.

## **2. Entscheidungsbegründung**

### **2.1. Zuständigkeit**

- 2.1.1** Die Absendung der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens erfolgte am 05.07.2010. Die Vergabekammer beim Thüringer Landesverwaltungsamt ist zuständig, wenn nach § 104 Abs. 1, 2. Halbsatz GWB i.V.m. § 2 Abs. 1 der Thüringer Verordnung zur Regelung der Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern (ThürVkvO) die VST ein Auftraggeber mit Sitz im Freistaat Thüringen ist und der maßgebliche Schwellenwert überschritten ist.
- 2.1.2** Die VST ist Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB aus dem Freistaat Thüringen, der nach § 6 Abs. 1 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) bei der Vergabe von Bauleistungen den Abschnitt 2 des Teils A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) anzuwenden hat, wenn sich der geschätzte Auftragswert wenigstens auf den in § 2 Nr. 3 VgV genannten Wert beläuft.
- 2.1.3** Gemäß § 100 Abs. 1 GWB gelten die Nachprüfungsvorschriften des GWB nur für Aufträge, bei denen die durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschritten sind. Die nach § 127 Abs. 1 GWB vorgesehene Rechtsverordnung ist per 01.02.2001 in Kraft getreten. Der für Bauleistungen maßgebliche Schwellenwert wurde in § 2 Nr. 3 VgV vom 09.01.2001 festgelegt und beträgt aktuell im Jahr 2010 4.845.000,- € netto. Der vorliegend geschätzte Gesamtauftragswert liegt lt. Angabe der VST bei ca. xx Mio. € netto und überschreitet damit den gemäß § 2 Nr. 3 VgV angegebenen Schwellenwert.
- 2.1.4** Da der maßgebliche Schwellenwert nach § 2 Nr. 3 VgV mit der o. g. voraussichtlichen Gesamtauftragssumme überschritten wird und die VST Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB aus dem Freistaat Thüringen ist, ist entsprechend § 100 Abs. 1 und § 104 Abs. 1, 2. Halbsatz GWB i.V.m. § 2 Abs. 1 ThürVkvO die Zuständigkeit der Vergabekammer des Freistaates Thüringen gegeben.

### **2.2. Zulässigkeit**

- a)** Die Anforderungen, die gem. §§ 107 Abs. 1 und 2, 108 GWB an einen zulässigen Antrag zu stellen sind, wurden durch die AST erfüllt. Die AST hat deutlich herausgestellt, dass sie ein Interesse an den ausgeschriebenen Leistungen hat. Sie hat sich mit ihrem Angebot um diesen Auftrag beworben. Sie hat ferner vorgetragen und begründet, dass sie sich durch die von der VST behauptete, fehlende Gleichwertigkeit der von ihr bei zwei Positionen angebotenen Produkte, im Gegensatz zu den Forderungen aus dem Amtsentwurf (Parameter), in ihren Rechten verletzt fühlt. Sie liege mit ihrem Angebot in der rechnerischen Bieterangfolge an erster Stelle. Bei Wertung ihres Angebotes sei sie preisgünstigste Bieterin und müsse, da nur der Preis als Zuschlagskriterium benannt sei, den Zuschlag erhalten. Die AST hat lt. ihrem Vortrag im Antrag Vergaberechtsverstöße am 09.11.2010 mündlich gegenüber der VST (Rügeinhalt siehe Sachverhalt) formgerecht gerügt.

Die Bestätigung, dass die AST gegenüber der VST eine mündliche Rüge am 09.11.2010 mit dem im Sachverhalt aufgeführten Inhalt vortrug, erfolgte durch eine Aktennotiz der VST mit dem o.g. Datum und der kurzen Niederschrift des von der AST gerügten Ausschlussgrundes, sowie der nochmaligen Begründung des Angebotsausschlusses der AST (Verfasserin: die von der AST im Antrag benannte Mitarbeiterin der VST; S.001330 Vergabeakte).

Insoweit die AST ihre Rüge gegenüber der VST mündlich vortrug, ist es unstrittig, dass es keine bestimmte, vorgeschriebene Form des Rügevortrags (schriftlich, mündlich) gibt, demzufolge die von der AST gewählte Form der mündlichen Rüge keine negativen Folgen betreffend deren Gültigkeit nach sich zieht.

**b)** Die Rügen der AST erfolgten nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB unverzüglich.

Danach muss die Rüge nach Kenntniserlangung des Vergabeverstößes so bald erklärt werden, als es dem Antragsteller nach den Umständen möglich und zumutbar ist. Es ist ein für die Prüfung und Begründung der Rüge notwendiger Zeitraum anzuerkennen. Auf die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage ist auch bei der Fristenberechnung Rücksicht zu nehmen. Absolute Obergrenze stellt hierbei, je nach Einzelfall, ein Zeitraum bis zu 14 Tagen - entsprechend § 121 BGB – dar.

Die AST rügte lt. eigenem Vortrag am 09.11.2010 mündlich bei der VST den fehlerhaften Ausschluss des eigenen Angebotes aufgrund der fehlerhaften Beurteilung zweier von ihr angebotener Produkte im Vergleich zu den Forderungen/Parametern aus dem Amtsentwurf, welcher ihr mit Schreiben der VST vom 05.11.2010 gemäß § 101a GWB mitgeteilt worden war. Die resultierende Zeitspanne zwischen Information durch die VST und Rüge der AST bei der VST kann hier als unverzüglich im Sinn der Vorschrift erachtet werden.

Der Rügeverpflichtung ist gemäß § 107 Abs. 3 Genüge getan.

Ob die obige, bisher in der Rechtsprechung verwendete zeitliche Definition von „Unverzüglichkeit“ der Rügeerhebung nach der EuGH-Entscheidung (Urteil vom 28.01.2010 - Rs. C-406/08) weiterhin Anwendung finden kann, ist fraglich, vorliegend aber unerheblich, da die AST durch die daraus entstandene Rechtsunsicherheit nicht in der Wahrnehmung ihrer subjektiven Rechte beeinträchtigt wird.

## **2.3 Begründetheit**

Der Antrag der AST ist unbegründet.

Das Angebot der AST war gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A wegen unzulässiger Änderung der Vergabeunterlagen (keine Willensübereinstimmung der geforderten Leistungsparameter in den Positionen 4.10.30 und 4.10.40 lt. Amtsentwurf mit den von der AST für diese Positionen angebotenen Produkten und den diesen zuzuordnenden Leistungsparametern) auszuschließen.

In den beiden strittigen Positionen 4.10.30 und 4.10.40 erfolgte durch die VST die Leistungsbeschreibung durch eine textliche Erläuterung (siehe Sachverhalt), die Möglichkeit zur Angabe des angebotenen Produktherstellers und des angebotenen Produkttyps, und unter der Überschrift „*Qualitätsvorgaben*“:

- die Angabe eines Leitfabrikates mit dem Zusatz „*oder gleichwertiger Art*“ und
- die konkrete Angabe von Kennzahlen und Leistungsparametern.

### **Pos. 4.10.30**

#### **„Gummi-Linien-Gleitlager für Betonfertigteile**

...

*Qualitätsvorgabe:*

*ESZ Gummi-Linien-Gleitlager GLSBBP*



Hersteller "ESZ Wilfried Becker GmbH"  
Typ: „3“ oder gleichwertiger Art

Hersteller „.....“  
(vom Bieter angeboten)

Typ: „.....“  
(vom Bieter angeboten)

Lagerbreite: 60 mm  
Lagerdicke: 10 mm  
Blindschalungsbreite  
innen: ca. 110mm  
außen: ca. 400mm  
zulässige Auflast: mind. 300 kN/m  
zulässige Verdrehung: 15 ‰  
zulässige Pressung: 7,50 N/mm<sup>2</sup>

**Pos. 4.10.40**  
**„Gummi-Linien-Gleitlager für Ortbetonbauteile**

...  
Qualitätsvorgabe:  
ESZ Gummi-Linien-Gleitlager GLSBBP  
Hersteller "ESZ Wilfried Becker GmbH"  
Typ: „3“ oder gleichwertiger Art

Hersteller „.....“  
(vom Bieter angeboten)

Typ: „.....“  
(vom Bieter angeboten)

Lagerbreite: 60 mm  
Lagerdicke: 10 mm  
Blindschalungsbreite  
innen: ca. 110 mm  
außen: ca. 400 mm  
zulässige Auflast: mind. 300 kN/m  
zulässige Verdrehung: 5 ‰  
zulässige Pressung: 7,50 N/mm<sup>2</sup>

Lt. Pkt. 3.4 der Bewerbungsbedingungen wurden die Bewerber/Bieter verpflichtet, im Fall der Vorgabe eines Leitfabrikates mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ und der Forderung nach Angabe des angebotenen Produkts (Herstellerangabe und Typangabe) im Leistungsverzeichnis diese Angaben auch dann zu tätigen, wenn das vorgegebene Leitfabrikat angeboten werden sollte. Es erfolgte der Hinweis, dass es für diesen Fall auch ausreiche, im Angebotsschreiben dieses durch Ankreuzen einer vorformulierten Klausel zu erklären. Die AST machte von der Möglichkeit (Anbieten des Leitfabrikates) keinen Gebrauch. Sie bot zulässigerweise - Ausschreibung erfolgte mit Leitfabrikat und dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ - für die Positionen 4.10.30 und 4.10.40 andere, ihrer Auffassung nach dem Leitfabrikat gleichwertige Produkte an:

**Pos. 4.10.30**  
„Hersteller: LP/GLT  
Typ: TDG 27 SZ“

**Pos. 4.10.40**  
„Hersteller: LP/GLT

Typ: TDG 27 SZ“.

Mit dem Antrag, aber auch mit der Vergabeakte wurde der Vergabekammer ein Produktblatt des von der AST angebotenen Produktes (Kernstreifengleitlager Typ TDG 27 SZ) übergeben, welches in Gegenüberstellung zu den „Qualitätsvorgaben“ lt. Leistungsverzeichnis für die Positionen 4.10.30 und 4.10.40 u. a. folgende Qualitätsangaben enthielt:

Kennzahl/Parameter	Qualitätsangabe gemäß angebotenen Produkt und übergebenem Produktblatt für TDG 27 SZ	Qualitätsvorgabe Leistungsverzeichnis lt.
Kerndicke/Lagerdicke (mm)	10	10
Kernbreite/Lagerbreite b (mm)	100	60
zulässige Verdrehung (‰)	20	15
zulässige Pressung zul. $\sigma_m$ (N/mm <sup>2</sup> )	3	7,5
zulässige Auflast zul. F (kN/m)	300	300

Nachweislich der obigen Tabelle stimmen bei den angebotenen Produkten der AST für die Positionen 4.10.30 und 4.10.40 bei den Kennzahlen

- „Kerndicke“ und

- „zulässige Auflast [zul. F (kN/m)]“

deren Qualitätsangaben mit den Qualitätsvorgaben der VST im Leistungstext der Positionen 4.10.30 und 4.10.40 überein.

Bei der Kennzahl „zulässige Verdrehung“ erzielt das angebotene Produkt einen besseren, als den lt. Leistungsverzeichnis vorgegebenen Wert.

Keine Übereinstimmung (Ausschlussbegründung) liegt bei den Kennzahlen

- Kernbreite/Lagerbreite [b (mm)] und

- zulässige Pressung [zul.  $\sigma_m$  (N/mm<sup>2</sup>)]

vor (siehe Tabelle).

**- Die Einhaltung/Nichteinhaltung vorgegebener Kennzahlen in den Vergabeunterlagen steht nicht im Belieben der Bieter.**

Die AST führte in ihrem Antrag dazu aus, dass die Kernbreite/Lagerbreite bei dem angebotenen Produkt 100 mm betrage, bei dem ausgeschriebenen Leitfabrikat 60 mm (siehe Tabelle). Der Unterschied wirke sich angesichts der vorhandenen Wandstärken weder konstruktiv noch optisch aus. Die Funktion der Gleitlager bestehe darin, die Übertragung von Schallwellen zwischen den Wänden und Decken zu verhindern. Dieses werde auch durch das angebotene Produkt und dessen Kernbreite/Lagerbreite erreicht.

Die Gleichwertigkeit begründete die AST lt. ihrem Antrag damit, dass es hinsichtlich der Beurteilung der Gleichwertigkeit nur auf die Kennzahl (zulässige Pressung) „zulässige Auflast: mind. 300 kN/m“ ankomme. Diese werde mit dem angebotenen Produkt entsprechend der Forderung aus dem Leistungstext erfüllt.

Der Argumentation der AST ist nicht zu folgen.

Die Notwendigkeit der Erfüllung anstehender Aufgaben einer VST führt zum Vorhandensein eines daraus resultierenden Bedarfs. Die Bedarfsdeckung findet unter Beachtung vorhandener Rahmenbedingungen (Normen, Vorschriften usw.) ihren konkreten Niederschlag in der Planung. Die aus der Planung zu entnehmenden Bauwerkseigenschaften werden mittels der Leistungsbeschreibung (evtl. Zeichnungen als Ergänzung) dargestellt.

An diesem Prozess sind die potentiellen Auftragnehmer nicht beteiligt.

Das bedeutet, dass die Entscheidung darüber, was und wie gebaut wird, in der Folge, welche Leistungsparameter erforderlich sind, bzw. vorgegeben werden und somit wie in der Endkonsequenz der vorhandene Bedarf gedeckt wird, einzig im Verantwortungsbereich der VST liegt (Beachtung: Verpflichtungen zur produktneutralen Ausschreibung, Ausnahmen siehe § 7 Abs. 8 VOB/A).

Vorliegend brachte die VST mit der Gestaltung der Leistungspositionen 4.10.30. und 4.10.40 ihren Willen betreffend den abgeforderten Leistungsinhalt gegenüber den Bewerbern/Bietern dadurch zum Ausdruck, dass sie in den beiden Leistungspositionen einen beschreibenden Leistungstext voranstellte und anschließend unter dem Begriff „Qualitätsvorgaben.“ konkrete Kennzahlen aufführte.

Nicht nachvollziehbar ist die Argumentation der AST in ihrem Schreiben vom 26.11.2010, in welchem sie monierte, dass die Forderung nach einer zwingenden Breite der Gleitlager von 60mm deutlicher hätte formuliert werden müssen.

Bereits der Begriff „Qualitätsvorgabe“ spricht für sich, er steht für eine Vorgabe, die zu erreichen bzw. zu überspringen ist. Mit dem Hinzufügen eines Doppelpunktes wurde den Bewerbern/Bietern signalisiert, dass die nachfolgenden Kennzahlen Gegenstand der Forderungen der VST in qualitativer Hinsicht sind.

Auch die Forderung der AST, dass die Gleitlagerbreite 60mm mit dem Zusatz „maximal“ , als Zeichen der Eindeutigkeit, hätte versehen werden müssen ist nicht nachvollziehbar.

Weder die vorgegebenen Kennzahlen noch die Vergabeunterlagen enthalten betreffend deren Verbindlichkeit öffnende Festlegungen (Bsp.: ca., von-bis, Möglichkeiten der Subsumierung von Parametern, Beschränkung auf die Einhaltung bestimmter Parameter usw.).

Wenn es also keinen Zusatz (Bsp. „maximal“) gab, musste ein Bieter also auch von dem ausgehen, was in den Vergabeunterlagen steht – Gleitlagerbreite 60mm – nicht mehr und nicht weniger, also einfach nur 60mm. Die VST brachte ihren Willen in dieser Hinsicht eindeutig zum Ausdruck.

Angesichts der obigen Ausführungen zu den Vergabeunterlagen, speziell zum Inhalt der beiden Leistungspositionen, ist die von der AST in ihrem Antrag geäußerte Auffassung:

*„Es ist für die Bauausführung ansonsten völlig unerheblich, ob das Gleitlager 60 mm oder 100 mm breit ist. Entscheidend ist die zulässige Auflast. Diese liegt bei beiden Produkten exakt identisch bei 300 kN/m“*,

dass die Erfüllung der vorgegebenen Parameter praktisch in das Belieben der Bieter gestellt würde, nicht nachzuvollziehen.

Die Angebote waren so zu erstellen, wie dieses in den Vergabeunterlagen gefordert wurde, d.h. mindestens Erfüllung der vorgegebenen Kennzahlen, und zwar aller in den beiden Positionen aufgeführten Kennzahlen.

Inwieweit prinzipiell die Kennzahlvorgaben in den beiden Leistungspositionen berechtigt, sinnvoll oder teilweise, wie von der AST vorgetragen, überflüssig waren, war nicht zu entscheiden.

Die AST hatte bereits weit vor der Angebotseröffnung von den vorgegebenen Kennzahlen Kenntnis, was auch durch die, entgegen dem Leitfabrikat angebotenen Produkte seinen Beleg findet.

Eine Rüge betreffend „unnötige Kennzahlvorgaben“ erfolgte nachweislich der Vergabeakte, aber auch des Vortrags der AST nicht.

Unabhängig davon ergeben sich aus der Vergabeakte und der Stellungnahme der VST vom 25.11.2010 nachvollziehbare Gründe, die das Erfordernis der vorgegebenen Kennzahlen in ihrer Gänze belegen.

#### **- Beurteilung der Gleichwertigkeit der von der AST für die Positionen 4.10.30 und 4.10.40. angebotenen Produkte**

Wie oben bereits ausgeführt, schrieb die VST in den beiden Positionen mittels der Vorgabe eines Leitfabrikates und des Zusatzes „*oder gleichwertiger Art*“ aus.

Damit war es zulässig, andere Fabrikate als das ausgeschriebene Leitfabrikat anzubieten.

Voraussetzung für das angebotene Produkt und damit das Verbleiben des Angebots im Wettbewerb und die damit verbundene Zuschlagschance war die Gleichwertigkeit des angebotenen Produktes.

Es stellt sich in einem solchen Fall die Frage, wie die Gleichwertigkeit des angebotenen Produktes zu messen ist, was als Bewertungsmaßstab für die Gleichwertigkeit anzusetzen ist.

Produkte jeglicher Art sind im Regelfall durch eine Vielzahl Kennzahlen (Abmessungen, Materialien, Leistungsparameter, Belastungsparameter, Farbgebung, Form, Kompaktheit usw.) gekennzeichnet. Diese können wesentlich, aber auch unwesentlich sein.

Was als wesentliche oder unwesentliche Kennzahlen eingestuft wird, richtet sich jeweils nach den speziellen Einsatz- und Rahmenbedingungen, individuellen, vom Regelfall abweichenden Verwenderwünschen, kann aber auch von einem neutralen, nicht direkt befassten Betrachter zu einer ganz anderen Sichtweise/Zuordnung führen (zur Frage der Festlegung der Wesentlichkeit von Kennzahlen: siehe obiger Anstrich).

Die Bewerber stehen im Verlaufe der Angebotserarbeitung, im Fall der Angebotsabsicht eines anderen als des Leitfabrikates, immer vor der Frage, welche aus der Vielzahl der eventuell vorgegebenen Kennzahlen des Leitfabrikates ein Alternativprodukt besitzen muss, um als gleichwertig beurteilt zu werden.

Es besteht also einerseits die Unsicherheit auf der Bewerberseite bei der Auswahl des Alternativproduktes - welche der dem Leitfabrikat innewohnenden Parameter müssen durch das eigene anzubietende Alternativprodukt erfüllt werden - und auf der anderen Seite steht für die VST die Frage, welche der dem ausgeschriebenen Produkt zuzuordnenden Kennzahlen im Fall des Angebotes alternativer Produkte zwingend für den Beleg der Gleichwertigkeit herangezogen werden.

An dieser Stelle besteht die Möglichkeit einer willkürlichen Verfahrensweise durch die VST. Diese könnte theoretisch, bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit des alternativ angebotenen Produktes, letztendlich die maximale Anzahl der Kennzahlen des Leitproduktes - minus eine - zur Bewertung heranziehen.

Einer solchen vergaberechtswidrigen Verfahrensweise wird durch die Verpflichtung der Auftraggeber zur Verfahrenstransparenz und Gleichbehandlung aller Bieter im Vergabeverfahren gemäß § 97 Abs. 1 und 2 GWB entgegengewirkt.

Vorliegend besteht dieses Problem nicht, da die VST neben der Angabe des Leitfabrikates zu erfüllende „*Qualitätsvorgaben*“ - Kennzahlen mit konkreten Zahlenangaben - benannte.

Das führte dazu, dass die Bewerber über den in den strittigen Positionen enthaltenen Leistungstext und die unter dem Begriff „*Qualitätsvorgaben*“ aufgeführten Kennzahlen Kenntnis über die durch ein anzubietendes Produkt zu erfüllenden Vorgaben hatten. Andererseits war die VST damit aber auch in ihrer Beurteilung der Gleichwertigkeit von angebotenen Alternativprodukten an die von ihr in den Vergabeunterlagen aufgeführten Leistungsanforderungen und Kennzahlen gebunden.

Zusammenfassend gesagt, gab die VST den Bewerbern mit dem Inhalt der beiden Positionen die Forderung an ein anzubietendes Produkt, und gleichzeitig den Wertungsmaßstab für die Beurteilung der Gleichwertigkeit eines angebotenen Alternativproduktes in Gegenüberstellung zum Leitfabrikat, an (Transparenz, Gleichbehandlung).

Siehe zur Frage der Beurteilung der Gleichwertigkeit im Fall der Vorgabe eines Leitfabrikates mit dem Zusatz „*oder gleichwertiger Art*“ auch die Entscheidung des OLG München, Beschluss vom 29.04.2002 - Verg 10/02 -.

*„Für die Frage der Gleichwertigkeit eines angebotenen Fabrikats im Verhältnis zum ausgeschriebenen Fabrikat ist in erster Linie auf die sonstige allgemeine Leistungsbeschreibung abzustellen; denn mit ihr bringt der Auftraggeber für die Bieter erkennbar zum Ausdruck, auf welche Leistungsmerkmale es ihm im Wesentlichen ankommt.“*

Siehe auch Entscheidung Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 18.03.2004, 6 Verg 1/04 insbesondere dazu welche vorgegebenen Kennzahlen bei der Angebotsbewertung zu berücksichtigen sind.

Vorliegend waren für die Beurteilung der Gleichwertigkeit, im Gegensatz zur Auffassung der AST (siehe oben), also auch die von der AST als nicht maßgeblich benannte Kernbreite (60mm) und die damit zwangsweise verbundene zulässige Pressung durch die VST zur Beurteilung der Gleichwertigkeit der von der AST in den die Positionen 4.10.30 und 4.10.40 angebotenen Alternativprodukte heranzuziehen.

Die Prüfung der VST ergab nachvollziehbar lt. dem Vergabevermerk und der Gegenüberstellung der Qualitätsvorgaben/Kennzahlen lt. den Vergabeunterlagen und dem Produktdatenblatt der von der AST angebotenen alternativen Produkte, dass die von dieser für die Positionen 4.10.30 und 4.10.40 angebotenen Produkte nicht die vorgegebenen Kennzahlen lt. Vergabeunterlagen erreichten.

Die von der AST zum Leitfabrikat alternativ angebotenen Produkte erreichten bei zwei Kennzahlen nicht die für diesen Fall geforderte Gleichwertigkeit (siehe obige Tabelle).

Das Angebot der AST war deshalb wegen fehlender Willensübereinstimmung von Leistungsvorgaben der VST in den Vergabeunterlagen und dem von der AST eingereichten Angebot für die Positionen 4.10.30 und 4.10.40 (partielle Nichterfüllung der von der VST vorgegebenen Leistungsparameter) wegen unzulässiger Änderung der Vergabeunterlagen auszuschließen.

Insoweit die AST in ihrem Schriftsatz vom 26.11.2010 ausführte, dass ihr Nebenangebot quantitativ und qualitativ gleichwertig sei, es damit die Anforderungen der VST lt. Verdingungsunterlagen erfülle, führt auch dieser Vortrag zu keiner anderen, als der obigen Entscheidung – Ausschluss -.

Die AST verkennt, dass lt. der Bekanntmachung Nebenangebote bereits nicht zugelassen waren, demzufolge ihr nunmehr als Nebenangebot bezeichnetes Angebot bereits aus formalen Gründen gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. e VOB/A hätte ausgeschlossen werden müssen.

Auch fehlt dem nunmehr vermeintlichen Nebenangebot die gemäß § 13 Abs. 3 VOB/A geforderte Kennzeichnung, was gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. f VOB/A zu dessen Ausschluss hätte führen müssen.

Selbst im Fall der Zulässigkeit von Nebenangeboten würden die zwingend vorzugebenden Mindestbedingungen für NA fehlen, die notwendigerweise in den Vergabeunterlagen nicht enthalten sind, da Nebenangebote nicht zugelassen waren.

### **3. Kostenentscheidung**

Die Entscheidung über die Kosten (Gebühren und Auslagen) beruht auf § 128 Abs. 1 und 3 GWB. Die Entscheidung über die Höhe der zu zahlenden Gebühren für das Verfahren vor der Vergabekammer beruht auf § 128 Abs. 2 und 3 GWB.

Ausweislich des Tenors der Entscheidung hat die AST die Kosten des angestregten Nachprüfungsverfahrens zu tragen, da sie im Verfahren die Unterlegene ist (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB).

Die Höhe der Gebühr war nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens festzusetzen (§ 128 Abs. 2 GWB).

Die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens bestimmt sich regelmäßig danach, welches wirtschaftliche Risiko der Verfahrensbeteiligte übernommen hat (vorliegend Angebotssumme der AST unter Berücksichtigung deren Nachlasses: xx €).

Dies führt im vorliegenden Fall, gemäß § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB, für die AST zu einer Gebühr in Höhe von insgesamt **xxx,- €**

Ausgehend vom Brutto-Auftragswert des Angebotes der AST (Angebotssumme der AST und bei Berücksichtigung von deren Nachlasses 869.057,11 €) sowie der dazu entwickelten und regelmäßig angewandten Gebührentabelle der Vergabekammer Freistaat Thüringen (Stand: 01.01.2010) war die Gebühr insgesamt auf den o. g. Betrag für die AST festzusetzen.

Die AST leistete mit dem Antrag bereits einen Kostenvorschuss in Höhe von 2.500,- €. Der zu noch zu zahlende Restbetrag beläuft sich auf xx,00 €.

Die AST wird gebeten, den Restbetrag in Höhe von **xxx,00 €**

**bis zum 15. Dezember 2010 (Fälligkeit)**

auf das nachfolgende Konto

xxxxxx

zu überweisen.

Die AST hat, als die im Verfahren Unterlegene, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der VST zu tragen.

Die BEI hat keine eigenen Anträge gestellt, sie trägt ihre Kosten selbst.

#### **Hinweis**

Ein gesondertes Kostenfestsetzungsverfahren findet nicht (mehr) statt (§ 128 Abs. 4 Satz 5 GWB).

### **III.**

#### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig.

Sie ist schriftlich, innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer beim Thüringer Oberlandesgericht Jena, Rathenaustraße 13, 07745 Jena, 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 der Vergabekammer beantragt wird, und Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

Scheid  
Vorsitzender

Dr. Bilzer  
Hauptamtlicher Beisitzer