

Leitfabrikat – Gleichwertigkeit eines Sandsteins

GWB § 97 Abs. 6, § 182 Abs. 3 Satz 1, § 182 Abs. 4; VOB/A § 7 EU Abs. 2, § 13 EU Abs. 1
Nr. 5, § 16 EU Nr. 1

Gleichwertigkeitsparameter, Richtqualität

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.8.2024 – 15 Verg 8/24; (VK Baden-Württemberg, 10.7.2024 -1
VK 29/24)

Tenor:

In Sachen

[...]

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe – Vergabesenat – beschlossen:

I. Auf die sofortigen Beschwerden der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 1 sowie auf die Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 10. Juli 2024 – 1 VK 29/24 – geändert:

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer zu tragen.

Zum Sachverhalt:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb EU-weit im offenen Verfahren die Fassadenbekleidung ihres Rathauses mit Naturwerkstein aus.

Zum Naturwerkstein gab das Leistungsverzeichnis unter 1.3 vor:

Steinart:

Petrographische Bezeichnung / Ansprache:

Sandstein mit Gesteinsbruchstücken und kieselig-ferritischer Bindung.

Geograph. Herkunft:

Sandstein aus der Formation des Mittleren Buntsandstein bei L./R.-P..

Handelsname:

L. Sandstein / H. S.-Sandstein / P. Sandstein

Visuelles Aussehen:

Gelblicher bis beigefarbener Sandstein, feinporig, mit fein- bis mittelsandiger Struktur und einer Textur mit Parallel- und Schrägschichtung. Teils mit braunen Einschlüssen.

Oberflächenbehandlung

Oberfläche gesägt

Kantenausbildung leicht gefast

Optische Richtqualität L. Sandstein

Angebotener Stein ...

BIETERTEXTERGÄNZUNG

Angebotener Naturstein: ...

Steinbruch:

Mehrfach war zudem L. Sandstein im Leistungsverzeichnis als Leitfabrikat angegeben.

Die Antragstellerin gab das drittgünstigste Angebot ab. Nachdem die Antragsgegnerin ihre Absicht mitgeteilt hatte, der Beigeladenen zu 1 den Zuschlag zu erteilen, rügte die Antragstellerin, dass die Angebote der Beigeladenen wegen Abweichung von den Vergabeunterlagen auszuschließen seien.

Die Angebote der Beigeladenen seien von der Vergabe auszuschließen, da der angebotene Naturstein nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspreche. Nach ihrer Erfahrung biete die Beigeladene zu 1 nur Steine aus eigenem Steinbruch an, der die technischen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und die im Einzelnen beschriebenen Eigenschaften nicht erfülle. Der Stein sei nicht gleichwertig. Weiterhin sei aus der Höhe des Angebots der Beigeladenen zu 2 zu schließen, dass auch diese nicht L. Sandstein oder einen gleichwertigen Stein angeboten haben könne.

Die Antragsgegnerin hat entgegnet, der von der Beigeladenen zu 1 angebotene Stein sei gleichwertig. Die technische Gleichwertigkeit habe der Architekt geprüft. Optisch entspreche die von der Beigeladenen zu 1 eingereichte Materialprobe dem Muster des L. Sandsteins. Dagegen entspreche die Materialprobe der Beigeladenen zu 2 optisch nicht dem L. Sandstein. Das Leistungsverzeichnis gebe L. Sandstein als optische Richtqualität an. Darauf, dass das Leistungsverzeichnis angeblich nicht hinreichend bestimmt die Kriterien der Gleichwertigkeitsprüfung angebe, könne sich die Antragstellerin wegen Präklusion nicht mehr berufen.

Die Beigeladene zu 1 hat vorgetragen, die Gleichwertigkeit des von ihr angebotenen Sandsteins bezüglich der technischen Eigenschaften und der Optik habe sie nachgewiesen.

Die Vergabekammer hat der Antragsgegnerin untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu 1 zu erteilen, und diese bei fortbestehender Vergabeabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Abgabe der Angebote zurückzusetzen und die

Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung ihrer Rechtsauffassung zu überarbeiten. Im Übrigen hat es den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

Das Angebot der Beigeladenen zu 1 sei nicht wegen Änderung der Vergabeunterlagen von der Wertung auszuschließen. Das Leistungsverzeichnis sei nicht hinreichend bestimmt. Die Antragsgegnerin habe die erforderlichen Gleichwertigkeitsparameter für die Prüfung der technischen Gleichwertigkeit nicht vorab transparent festgelegt. In welchen Punkten und Gesteinseigenschaften Abweichungen toleriert und als gleichwertig betrachtet würden und welche Punkte für die Antragsgegnerin so wesentlich seien, dass hiervon nicht abgewichen werden dürfe, gehe aus dem Leistungsverzeichnis nicht hervor. Ohne die Festlegung der Gleichwertigkeitsparameter könne sie, die Vergabekammer, auch nicht prüfen, ob die Gleichwertigkeitsprüfung von der Antragsgegnerin willkür- und beurteilungsfehlerfrei durchgeführt worden sei. Es sei zudem nicht dokumentiert, warum der von der Beigeladenen zu 1 angebotene Stein zum Leitfabrikat technisch gleichwertig sei und anhand welcher Parameter die Antragsgegnerin die technische Gleichwertigkeitsprüfung vorgenommen habe.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer haben die Antragstellerin und die Beigeladene zu 1 sofortige Beschwerde eingelegt, die Antragsgegnerin hat sich der Beschwerde der Antragstellerin angeschlossen.

Die Beigeladene führt in ihrer Beschwerde aus, dass im Leistungsverzeichnis lediglich eine optische Vergleichbarkeit mit dem Leitfabrikat gefordert gewesen sei. Technisch sei lediglich die Verwendung eines kieselig-gebundenen Sandsteins gefordert. Die Anforderung erfülle der von ihr angebotene W. Sandstein.

Dieser habe auch dieselben Verwitterungseigenschaften wie das Leitfabrikat. Wegen der guten technischen Eigenschaften sei er von der Materialprüfungsanstalt S. für die Renovierung des U. Münsters ausgewählt worden. Wenn man dem den Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin verkennenden Ansatz der Vergabekammer folgen würde, wäre allenfalls die Prüfung der Vergleichbarkeit auf Basis der bestehenden Ausschreibung zu wiederholen.

Die Beigeladene zu 1 beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und der Antragsgegnerin aufzugeben, die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats zu wiederholen, hilfsweise die Prüfung und Wertung zu wiederholen.

Die Antragstellerin wehrt sich mit ihrer sofortigen Beschwerde dagegen, dass die Vergabekammer ihr die Hälfte der Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten der anderen Beteiligten auferlegt hat, und beanstandet die Höhe der festgesetzten Verfahrenskosten. Ihr die Hälfte der Verfahrenskosten aufzuerlegen, sei auf jeden Fall unangemessen; ihre Belastung sei zumindest auf höchstens 3/10 zu reduzieren. Ihr

Hauptinteresse habe, wie üblich, auf der Behebung der Rechtsverletzung gelegen. Sie habe ihr Verfahrensziel, die Verhinderung eines vergaberechtswidrigen Zuschlags und den Erhalt der eigenen Zuschlagschancen vollständig erreicht. Unerheblich sei, dass sie eine weniger weitgehende Zurückversetzung des Verfahrens beantragt gehabt habe, als die Vergabekammer ausgesprochen habe. Die von der Vergabekammer festgesetzte Verfahrensgebühr entspreche zudem nicht dem Auftragswert.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer zu 3.,4.,6. und 8. aufzuheben und der Antragsgegnerin und der Beigeladenen die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen,

hilfsweise beantragt sie,

die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen unter sachgerechter Berücksichtigung des jeweiligen Umfangs des Unterliegens bzw. Obsiegens auf angemessene Quoten zu verteilen,

die bei der Vergabekammer entstandenen Verfahrenskosten auf eine angemessene Höhe reduziert festzusetzen, festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin nicht notwendig war.

Die Antragsgegnerin macht mit ihrer Anschlussbeschwerde geltend, dass die Bedingungen des Leistungsverzeichnisses und insbesondere die Vorgaben an den Naturstein nicht unklar seien und eine Prüfung möglich gewesen sei. Die Vergabekammer habe ihre, der Antragsgegnerin, Wertungsspielräume verkannt.

Nicht geltend machen könne die Antragstellerin, weil nicht rechtzeitig gerügt, dass das Material nicht aus dem Abbauort des optischen Leitfabrikats stamme. Das Gleiche gelte für die angeblich nicht ausreichend genau beschriebenen Anforderungen an einen gleichwertigen Naturstein. Bei Natursteinarbeiten komme es vornehmlich auf die Optik an. Die gleichwertigkeitsbegründenden Leistungsparameter der Optik habe sie beschrieben und transparent festgelegt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Im Übrigen beantragen die Beteiligten jeweils,
die Beschwerde der Gegenseite zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die sofortigen Beschwerden und die Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin sind zulässig. Erfolg haben aber lediglich die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zu 1 und insbesondere die Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin. Auf diese

OLG Karlsruhe: Leitfabrikat – Gleichwertigkeit eines Sandsteins(ZfBR 2024, 767)

769

ist der Beschluss der Vergabekammer zu ändern und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Es lässt sich nicht feststellen, dass der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren Fehler unterlaufen sind, durch die die Antragstellerin in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletzt wurde. Die Antragsgegnerin hat den Naturwerkstein, mit dem die Fassade ihres Rathauses bekleidet werden soll, hinreichend genau beschrieben und in nicht zu beanstandender Weise entschieden, dass der von der Beigeladenen angebotene Naturwerkstein "*W. Sandstein*" den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspricht.

a) Im Leistungsverzeichnis hat die Antragsgegnerin als anzubietenden Stein L. Sandstein/H. S.-Sandstein/P. Sandstein vorgegeben und diesen näher beschrieben. Sie hat allerdings weiterhin ausdrücklich ausgeführt, dass alternativ ein anderes Naturwerksteinfabrikat angeboten werden kann. Voraussetzung hierfür sei, dass das Material die in dem Leistungsverzeichnis beschriebene Eigenschaft erfülle. Unter 1.3 des Leistungsverzeichnisses ist nämlich am Ende der Beschreibung des Leistädter Sandsteins als Leitfabrikat der angebotene Stein anzugeben gewesen. Dies stellen die Beteiligten auch nicht infrage und haben nicht gerügt, dass die Angabe eines Leitfabrikats unzulässig sein könnte.

b) Infolgedessen konnten die Bieter einen Naturwerkstein anbieten, der dem Leistädter Sandstein gleichwertig ist. Die Kriterien der Gleichwertigkeit hat die Antragsgegnerin angegeben.

Wie genau ein Auftraggeber die Parameter für die Gleichwertigkeit zu beschreiben hat, kann offenbleiben. Die Antragsgegnerin hat jedenfalls ausreichend genau vorgegeben, dass der angebotene Naturwerkstein auszusehen hat wie der L. Sandstein. Denn den angebotenen Naturwerkstein hat der Bieter unter der Überschrift "*Optische Richtqualität L. Sandstein*" zu bezeichnen gehabt. Aufgrund dieser Angabe ist hinreichend deutlich geworden, dass für die Gleichwertigkeit des angebotenen Naturwerksteins mit dem L. Sandstein das Aussehen maßgeblich ist. Dies wird dadurch verdeutlicht und zusätzlich konkretisiert, dass bei der Beschreibung des L. Sandsteins nicht dessen Haltbarkeit oder der Gefährdungsgrad einer Verschmutzung angesprochen wird, worauf die Antragstellerin teilweise abstellt, sondern dessen "*Visuelles Aussehen: gelblicher bis beigefarbener Sandstein, feinporig, mit fein- bis mittelsandiger Struktur und einer Textur mit Parallel- und Schrägschichtung, teils mit braunen Einschlüssen*".

Die weiteren Angaben zum Naturwerkstein unter 1.3 des Leistungsverzeichnisses oberhalb der zitierten zum visuellen Aussehen sind keine Gleichwertigkeitsparameter, die der eventuell gleichwertige Stein zu erfüllen hat. Durch sie wird vielmehr allein der L. Sandstein näher beschrieben. Insbesondere die "*geographische Herkunft: Sandstein aus der Formation des Mittleren Bundsandsteins bei L./R.-P.*" sowie "*Handelsname: L. Sandstein / H. S.-Sandstein / P. Sandstein*" können keine technischen Gleichwertigkeitsparameter sein. Es handelt sich nicht um Eigenschaften, die ein angebotener Stein haben kann und muss, sondern lediglich um Details zum L. Sandstein, die nur dieser erfüllen kann, ein gleichwertiger aber nicht. Auch die "*petrographische Bezeichnung / Ansprache: Sandstein mit Gesteinsbruchstücken und kieseliger-ferritischer Bindung*" kann aufgrund der Wortwahl – "*Bezeichnung*" – und Stellung im Leistungsverzeichnis oberhalb der Angaben zur geographischen Herkunft sowie zum Handelsname lediglich als nähere Angabe zum L. Sandstein und nicht als technische Vorgabe verstanden werden, die ein angebotener anderer Sandstein zu erfüllen hat.

Die dort genannten Begriffe finden sich auch weder in dem von der Antragstellerin vorgelegten Auszug aus dem Bildatlas wichtiger Denkmalsteine noch in dem von der Beigeladene zu 1 vorgelegten Auszug aus der Internationalen Naturwerksteinkartei zum L. Sandstein. So haben auch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend angegeben, dass die Antragstellerin diese Begriffe zur Beschreibung des L. Sandsteins als Formulierungshilfen für Ausschreibungen anbot und die Formulierungen ihrer Beschreibung dieses Materials auf ihrer Internetseite entsprechen.

Nr. 4.4 der Allgemeinen technischen Vertragsbedingungen legt auch nicht fest, dass ein anderer Sandstein als der L. Sandstein noch weitere Gleichwertigkeitsparameter zu erfüllen hat als das Aussehen. Die Vergabeunterlagen geben an dieser Stelle vielmehr vor, dass nicht die Antragsgegnerin die Eignung als Fassadenstein prüfen will, dass zu dieser Prüfung vielmehr der Bieter verpflichtet ist. Auch die Forderung nach dem Nachweis einer Gleichwertigkeit eines anderen angebotenen Steins als dem L. Sandstein durch Vorlage von technischen Merkblättern und Prüfzeugnissen deutet nicht an, dass eine nicht näher angegebene Gleichwertigkeit in technischer Hinsicht gefordert ist. Vielmehr wird in Zusammenhang mit dieser Bestimmung auf die Richtqualität Bezug genommen. Diese ist aber in 1.3 des Leistungsverzeichnisses als optische Richtqualität festgelegt.

Die Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses lassen somit eine Wertung zu. Sie sind entgegen der Ansicht der Vergabekammer nicht bezüglich technischer Gleichwertigkeitsparameter unvollständig und rechtfertigen keine Zurückversetzung des Verfahrens zur Vervollständigung des Leistungsverzeichnisses.

Hat ein Bieter einen anderen Naturwerkstein als L. Sandstein erfolgreich anbieten wollen, muss sein Stein hinsichtlich der unter dem genannten Beschrieb aufgeführten Kriterien dem

L. Sandstein entsprechen. Er muss lediglich gleichwertig sein, unter den genannten Kriterien also vergleichbar aussehen. Er braucht nicht identisch zu sein.

c) Die Antragsgegnerin ist bei ihrer Wertung zu dem Ergebnis gekommen, dass der von der Beigeladenen zu 1 angebotene W. Sandstein optisch dem ihr vorliegenden Muster des L. Sandsteins gleichwertig ist. Dies hat sowohl der beratende Architekt in seinem Schreiben vom 3.6.2024 ausgeführt, das Gegenstand der Vergabeakte ist, als auch der Gemeinderat festgestellt, dem die Materialproben der drei Erstplatzierten und die ursprünglich bemusterte Probe des L. Sandsteins vorgelegt wurden (vgl. Niederschrift der öffentlichen Verhandlung des Gemeinderats vom 16.5.2024). Das Ergebnis ist durch die genannte Niederschrift protokolliert und damit in der Vergabeakte ausreichend dokumentiert.

Dass die Antragsgegnerin den ihr zustehenden Wertungsspielraum überschritt, ist nicht ersichtlich.

Die erstmals in der mündlichen Verhandlung aufgebrachte Beanstandung der Antragstellerin, dass sie nicht wisse, ob die Beigeladene zu 1 die geforderten Merkblätter und Prüfzeugnisse vorgelegt hat, hat die Antragsgegnerin beantwortet. Der Senat hat die Antwort in der Vergabeakte verifiziert. Die Unterlagen sind eingereicht. Offenbleiben kann somit, ob eine die Erfüllung dieser Bedingung betreffende Rüge rechtzeitig erhoben wäre.

d) Ob die Voraussetzungen für die Angabe eines Steins einer bestimmten Herkunft gemäß § 7 EU Abs. 2 VOB/A vorgelegen haben, kann offenbleiben. Ein Verstoß gegen § 7 EU

OLG Karlsruhe: Leitfabrikat – Gleichwertigkeit eines Sandsteins(ZfBR 2024, 767)

770

Abs. 2 VOB/A wurde von der Antragstellerin nicht gerügt und im Nachprüfungsverfahren nicht beanstandet.

e) Nach alledem ist das Angebot der Beigeladenen nicht gemäß § 16 EU Nr. 1i.V. m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A wegen Abweichung von den Vergabeunterlagen, die die Gleichwertigkeitsparameter ausreichend klar beschrieben haben, auszuschließen.

Da auch kein weiterer Fehler der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren gerügt und festzustellen ist, ist auf den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin auch nicht das Vergabeverfahren zurückzusetzen.

Daher ist die Entscheidung der Vergabekammer zu ändern und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

III.

1. Folge der Zurückweisung des Nachprüfungsantrags ist, dass die Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten des Nachprüfungsverfahrens, gemäß § 182 Abs. 4 GWB einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und aus Billigkeit die der Beigeladenen zu tragen hat.

Die diesbezügliche sofortige Beschwerde der Antragstellerin hinsichtlich der Quotelung der Kosten ist zurückzuweisen.

© Verlag C.H.BECK oHG 2024