

Leitsätze:

1. Legt ein Bieter zu einem von ihm angebotenen Produkt ein Datenblatt vor, das detaillierte Angaben zu den im Leistungsverzeichnis abgefragten Parametern enthält, erklärt der Bieter damit, dass sein angebotenes Produkt sämtliche in diesem Datenblatt aufgeführten Eigenschaften hat.
2. Soweit ein Angebot in den Punkten den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht entspricht, welche sich aus der Verletzung der Pflicht zur produktneutralen Ausschreibung ergeben, ist dies unschädlich.
3. § 122 Abs. 4 GWB fordert, dass Eignungskriterien in der Bekanntmachung aufzuführen sind. Werden die Voraussetzungen einer wirksamen Bekanntmachung nicht erfüllt, hat der Auftraggeber die entsprechenden Eignungsunterlagen nicht wirksam gefordert.

Nachprüfungsantrag:
(*Antragstellerin - ASt*)

Vergabestelle:
Bevollmächtigte:
.....
(*Vergabestelle - VSt*)

Beigeladene:
(*Beigeladene - BGI*)

Bauvorhaben: *Neubau des Feuerwehrhauses mit Atemschutzzentrum*

Gewerk: *Atemschutzanlagen*

Vergabeverfahren: *Offenes Verfahren nach § 3 EU Nr. 1 VOB/A*

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 27.09.2017 durch die Vorsitzende, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.

3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle war notwendig.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €
Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb die Atemschutzanlage für das Atemschutzzentrum in im Offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.2017 veröffentlicht.

Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis (Ziff. II.2.5) der Bekanntmachung), Varianten/Alternativangebote sind nicht zugelassen (Ziff. 2.10) der Bekanntmachung).

Auf Seite 28 des Leistungsverzeichnisses heißt es unter 60.1 Atemluft-Hochdruck-Kompressor

„ - sep. Vorabscheider
...
Literleistung: 570 l/min
...
Betriebsgeräusch: ≥ 64 dB(A) “

Nach einer Bieterfrage hat die Vergabestelle das Betriebsgeräusch beim Atemluft-Hochdruck-Kompressor am xx.xx.2017 festgelegt:

„ das Betriebsgeräusch des Kompressors soll die Anforderungen eines maximalen Schallpegels zwischen 64 dB(A) - 70 dB(A) erreichen. “

Unter Ziffer 8 Leistungsverzeichnisses findet sich folgende Festlegung:

„ es werden nur Angebote solcher Bieter gewertet, die in den letzten drei Jahren mindestens drei vergleichbare Objekte mit Erfolg ausgeführt haben. “

2.

Am Wettbewerb beteiligt haben sich 3 Bieter. Zum Eröffnungstermin am xx.xx.2017 liegt das Angebot der BGI mit xxx.xxxx,xx € brutto auf Rang 1, das Angebot der ASt mit xxx.xxx,xx € brutto an zweiter Stelle.

3.

Mit Telefax vom xx.xx.2017 teilte die VSt mit, dass auf das Angebot der ASt ein Zuschlag nicht erteilt werde, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Es läge ein anderes Hauptangebot mit einem niedrigeren Preis vor.

4.

Mit Schreiben vom xx.xx.2017 rügte die ASt die geplante Vergabe. Die VSt habe es versäumt, die Eignung des Zuschlagsbieters zu prüfen. Der Zuschlagsbieter habe Kompressoren des Herstellers X angeboten, die der geforderten Schallemission zwischen 64 dB(A) - 70 dB(A) nicht entsprächen. Außerdem bezweifelte die Antragstellerin, ob der angebotene X Kompressor die geforderte Literleistung erbringen könne.

5.

Am 08.08.2017 beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zur Begründung hat die ASt ihre Rüge beigefügt.

6.

Mit Schreiben vom 08.08.2017 übermittelte die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag an die VSt.

7.

Die VSt hat die Vergabeakte vorgelegt und beantragt am 28.08.2017:

- 1. Der Vergabenachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.*
- 2. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der VSt notwendigen Kosten trägt die ASt.*
- 3. es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die VSt notwendig war.*

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet.

Die Rüge der ASt treffe nicht zu, dass die BGI einen Kompressor angeboten habe, der außerhalb des festgelegten Schallpegels liege. Die BGI habe im Rahmen ihres Angebots ein Projektdatenblatt beigefügt, aus welchem sich ergäbe, dass der angebotene Kompressor einen Schallpegel von 70 dB(A) ausweise.

Auch die Liter-Lieferleistung entspräche dem Leistungsverzeichnis. Laut Produktdatenblatt habe das angebotene Modell eine Literleistung von 650 l/min, gemäß Leistungsverzeichnis sei eine Literleistung von 570 l/min ausreichend.

8.

Mit Schreiben vom 07.09.2017 beantragte die ASt,

1. *die BGI von der Vergabe auszuschließen*
2. *der VSt aufzuerlegen, die ASt zu bezuschlagen.*

Hilfsweise:

3. *die Vornahme einer Neubewertung der Gebote unter Ausschluss des Gebots der BGI und Neuentscheidung über die beabsichtigte Bezuschlagung.*

Die Antragstellerin bezweifle, dass vom Kompressor der BGI der Grenzwert des Schallpegels von 70 dB(A) eingehalten werde. Das Produktdatenblatt sei zweifelhaft, nachdem auf der Homepage der Firma X für das Produkt noch am 07.08.2017 der Schallpegel von > 70dB(A) angegeben worden sei.

Aus dem vorgelegten Datenblatt sei nicht zu erkennen, ob die BGI einen Kompressor mit einer Lieferleistung von 650 l/min angeboten habe. Mit der Vorlage eines Datenblattes könne die Leistung nicht glaubhaft gemacht werden.

Das Leistungsverzeichnis fordere einen Vorabscheider. Ausweislich des Datenblattes sei ein solcher bei dem Angebot der BGI nicht vorhanden.

9.

Am 08.09.2017 hat die Vorsitzende die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 GWB bis einschließlich 16.10.2017 verlängert.

10.

Die Vergabekammer hat am 08.09.2017 die Fa. zum Verfahren beigeladen.

11.

Mit Schriftsatz vom 13.09.2016 trägt die BGI vor:

Der Schallpegel von 70 db(A) sei durch das technische Datenblatt zweifelsfrei nachgewiesen. Die Luftlieferleistung des angebotenen Kompressors sei 650 l/min, gefordert sei lediglich 570 l/min. Der Vorabscheider sei bei der Firma X im Hauptabscheidersystem integriert.

12.

Soweit kein Geheimschutz gegeben war, wurden der ASt am 13.09.2017 Auszüge aus der Vergabeakte zugesandt.

13.

Mit Schreiben vom 15.09.2017 wiederholt die VSt ihr bisheriges Vorbringen, dass der von der BGI angebotene Atemluftkompressor den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspreche. Die BGI habe mit dem Produktdatenblatt der Firma X belegt, welches mit dem Angebot bereits vorgelegt worden sei, dass der Kompressor den geforderten Grenzwert des Schallpegels und die geforderte Luftlieferleistung einhalte. Wegen des neuen Vorwurfes eines Vorabscheiders liege der VSt eine Stellungnahme der Firma X vor. Darin werde bestätigt, dass der Kompressor einen separaten Vorabscheider habe und somit dem Leistungsverzeichnis entspreche.

14.

Im Schriftsatz vom 22.09.2017 trägt die ASt erstmals vor, dass die in Position 60.4 geforderte Öldrucküberwachung von der Kompressoranlage der BGI nicht erfüllt werde. Laut dem übermittelten Datenblatt werde nur das Niveau des Öfüllstandes des Kompressors überwacht.

15.

Im Schreiben vom 26.09.2017 fordert die ASt erstmalig Auskunft darüber, ob die BGI zum Nachweis ihrer Eignung Referenzen von vergleichbaren Leistungen vorgelegt habe.

16.

In der mündlichen Verhandlung am 27.09.2017 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt beantragt eine Neuwertung unter Ausschluss des Angebots der BGI.

Die VSt verweist auf ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 28.08.2017.

Die BGI stellt keinen Antrag.

Begründung:

1.

Es ist schon fraglich, ob der Nachprüfungsantrag zulässig ist, weil die ASt ihrer Rügeobliegenheit nicht rechtzeitig nachgekommen ist.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB.
- c) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.
- d) Die Gesamtprojektkosten für das Feuerwehrhaus mit Atemschutzzentrum übersteigen den Schwellenwert von 5,225 Mio. € nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).
Die hier streitgegenständlichen Atemschutzanlagen mit einem geschätzten Auftragswert von rd. xxx.xxx,- € sind ein Teillos dieser Gesamtmaßnahme. Die VSt ordnet das Los dem 80 % Kontingent zu (§ 3 Abs. 9 VgV), dementsprechend hat sie die Arbeiten als Offenes Verfahren ausgeschrieben. Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung nach §§ 160 ff GWB festgelegt.
- e) Der Zuschlag an die BGI wurde noch nicht erteilt (§ 168 Abs. 2 Satz 1 GWB).
- f) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht (§ 160 Abs. 2 GWB).
- g) Die ASt hat am 08.08.2017 die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung nicht innerhalb von 10 Kalendertagen gerügt, nachdem ihr die Absage am 28.07.2017 zugefaxt worden war.
Allerdings enthält das Absageschreiben nicht alle Informationen nach § 134 Abs. 1 GWB. Das Informationsschreiben enthält nicht den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll und es fehlt der früheste Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Es kommt jedoch nicht entscheidungserheblich darauf an, ob trotz dieser fehlenden Informationen die Rügeobliegenheit ausgelöst wurde und der Nachprüfungsantrag wegen der Nichteinhaltung der zehn Kalendertage verfristet und deshalb bereits unzulässig ist.

2.

Der Nachprüfungsnachtrag ist unbegründet.

Die Wertung des Angebots der BGI verletzt die ASt nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB.

- a) Die BGI hat mit ihrem Angebot zum Kompressor ein Produktdatenblatt zur „X Serie“ vorgelegt. Legt ein Bieter zu einem von ihm angebotenen Produkt ein Datenblatt vor, das detaillierte Angaben zu den im Leistungsverzeichnis abgefragten Parametern enthält, erklärt der Bieter damit, dass sein angebotenes Produkt sämtliche in diesem Datenblatt aufgeführten Eigenschaften hat (OLG Düsseldorf v. 05.10.2016 - Verg 24/16).

Das Datenblatt weist für den Kompressor einen Schallpegel von 70 dB(A) aus, seine Lieferleistung ist mit 650 l/min angegeben. Im Leistungsverzeichnis war in „Pos. 60.1 Atemluft-Hochdruck-Kompressor“, ergänzt durch die Mitteilung an die Bieter vom 26.06.2017, ein maximaler Schalldruck von 70 dB(A) vorgegeben.

In der Position 60.1 ist eine Literleistung mit 570 l/min gefordert. Aus Sicht des objektiven Bieters ist die angegebene Literleistung als Mindestleistung zu verstehen, d.h. auch ein Kompressor mit einer Leistung von 650 l/min erfüllt die Anforderungen und kann angeboten werden. Mit dem Datenblatt hat die BGI nachgewiesen, dass der angebotene Atemluft-Hochdruck-Kompressor den technischen Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspricht.

Selbst wenn man die geforderte Leistungsangabe als unklar auslegen müsste, wäre deshalb ein Ausschluss nicht zu rechtfertigen. Nach obergerichtlicher Rechtsprechung können Unklarheiten in den Vergabeunterlagen nicht zum Nachteil eines Bieters führen.

Würde das Leistungsverzeichnis eine Literleistung von 570 l/min exakt vorgeben, könnte einzig die ASt die Kompressorenanlage anbieten. Eine solche unrechtmäßige Festlegung auf ein bestimmtes Produkt verstößt gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung. Nach § 7 EU Abs. 2 VOB/A darf nur ein bestimmtes Produkt festgelegt werden, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Ein solcher Grund wurde von der VSt nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich. Soweit ein Angebot in den Punkten den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht entspricht, welche sich aus der Verletzung der Pflicht zur produktneutralen Ausschreibung ergeben, ist dies unschädlich (OLG München v. 05.11.2009 Verg 15/09). Die Vergabestelle hat zu Recht das Angebot der BGI mit einer Literleistung von 650 l/min im Wettbewerb belassen.

- b)** Die ASt kann auch nicht mit ihren Behauptungen durchdringen, dass der von der BGI angebotene Kompressor keinen Vorabscheider aufweise und die in Pos. 60.4 anzubietende Öldrucküberwachung fehle. Die BGI hat Bestätigungen des Kompressorenherstellers vom 11.09.2017 und 26.09.2017 vorgelegt. Darin sichert der Hersteller zu, dass der Atemluftkompressor - wie im Leistungsverzeichnis gefordert - mit Vorabscheider und Öldrucküberwachung angeboten wurde. Damit hat die BGI ausreichend belegt, dass der Kompressor auch diese Anforderungen des Leistungsverzeichnisses erfüllt.
- c)** Auch der Vorwurf der ASt greift nicht, die BGI müsse aus formalen Gründen ausgeschlossen werden, weil sie nicht 3 Referenzen von ausgeführten vergleichbarer Leistungen in den letzten drei Jahren nachweisen könne.
- § 122 Abs. 4 GWB fordert, dass Eignungskriterien in der Bekanntmachung aufzuführen sind. Werden die Voraussetzungen einer wirksamen Bekanntmachung nicht erfüllt, hat der Auftraggeber die entsprechenden Eignungsunterlagen nicht wirksam gefordert. Ein Ausschluss des Angebots der BGI mangels Einreichung von drei Referenzbescheinigungen scheidet somit aus.
- Die VSt konnte eine Eignungsprüfung anhand der eingereichten Unterlagen durchführen. Die BGI hat ihre Fachkunde und Leistungsfähigkeit mit Referenzen hauptsächlich zu Atemschutzwerkstätten dargestellt. Es ist nicht ersichtlich, dass die VSt bei der Beurteilung der Eignung der BGI ihren Spielraum überschritten hat.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a)** Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).
- b)** Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c)** Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der Antragstellerin nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

- d)** Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keine Anträge gestellt und daher kein Kostenrisiko übernommen. Eine Erstattung ihrer Aufwendungen scheidet daher ebenfalls aus.
- e)** Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Angebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.
- Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet. Eine Kostenrechnung an die ASt in Höhe des Differenzbetrages von xxxx,- € wird nachgereicht.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....