

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf 2575,00 Euro festgesetzt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im Zuge des Neubaus eines Gymnasiums u.a. die Umgestaltung eines bestehenden Großspielfeldes einer Sportanlage zu einem Kunstrasenspielfeld nach der VOB/A in einem offenen Verfahren europaweit aus.

Im Leistungsverzeichnis forderte die Antragsgegnerin in der Position 05.003 die Lieferung und den Einbau eines Kunststoffrasens mit verfüllter Polschicht gemäß DIN V 18035- 7, Belagstyp C. Zu dem Polmaterial, zu dem Trägermaterial und zu dem Füllstoff wurden in dieser Position ganz konkrete Anforderungen gestellt, auf die hiermit Bezug genommen wird. Dazu war ein zum Zeitpunkt des Submissionstermins gültiges Prüfzeugnis vorzulegen, mit dem die Eignung des Kunststoffrasenbelages entsprechend der DIN Abs. 5.5.1 nachgewiesen wird. Auch die gleich bleibende Qualität des Produktes war durch die Vorlage entsprechender RAL-Gütenachweise oder gleichwertiger Überwachungszeugnisse nachzuweisen.

In der Position 09.005 forderte die Antragsgegnerin die Lieferung eines Ballfangzauns des Herstellers xxxx oder eines gleichwertigen Produktes, inkl. Körperschallisolierung durch Einsatz von licht- und wetterbeständigen, sowie schwer entflammbaren, elastischen Lagerungen (Puffer), die einseitig am Pfosten und Befestigungswinkel angeordnet werden.

Den Verdingungsunterlagen beigefügt war das Formblatt K-EVM II 216.1. Dabei handelte es sich um eine Tariftreue-Erklärung von ggf. einbezogenen Nachunternehmern. Im Vordruck heißt es wörtlich: „Die Tariftreueerklärungen müssen vor Beginn der Leistungsausführung vorliegen.“

Im Submissionstermin am 09.02.2005 lagen insgesamt 15 Angebote vor. Das Angebot der Antragstellerin befand sich nach dem Submissionsprotokoll auf dem 1. Platz, während das Angebot der mit Beschluss vom 21.03.2005 Beigeladenen auf dem 2. Platz lag. Die Antragsgegnerin beabsichtigte, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, nachdem sie das Angebot der erstplatzierten Bieterin ausgeschlossen hatte.

Der Antragstellerin teilte die Antragsgegnerin am 01.03.2005 mit, dass ihr Angebot wegen Unvollständigkeit ausgeschlossen worden sei. Dem Angebot lägen keine unterschriebenen Tariftreueerklärungen der angegebenen Nachunternehmer bei und der angebotene Kunststoffrasen weiche im Hinblick auf die Gebrauchstauglichkeit von den geforderten technischen Anforderungen ab.

Nachdem die Antragstellerin mit Schreiben vom 04.03.2005 erfolglos den Ausschluss ihres Angebotes gerügt hatte, beantragte sie die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer. Der Antrag wurde der Antragsgegnerin am 07.03.2005 zugestellt.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass ihr Angebot vollständig war und sie alle in den Verdingungsunterlagen gestellten Bedingungen erfüllt habe.

So sei die Unterschrift unter der Tariftreueerklärung des Nachunternehmers auf dem Formular K-EVM II 216.1 erst vor Beginn der Leistungsausführung vorzulegen und nicht bereits zum Eröffnungstermin. Auch aus § 2 Abs. 1 TariftG NRW lasse sich nicht herleiten, dass die Abgabe einer Tariftreueerklärung des Nachunternehmers bis zum Submissionstermin zu erfolgen habe. Vielmehr impliziere § 2 Abs. 1 TariftG NRW, dass die Abgabe einer Tariftreueerklärung des Nachunternehmers erst dann in Betracht komme, wenn dem Hauptunternehmer der Zuschlag erteilt worden sei. Zuvor komme eine Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer nicht in Betracht. Auch die Tatsache, dass ausweislich des Vergabevermerks neun weitere Bieter diese Tariftreueerklärung nicht mit dem Angebot vorgelegt hätten, spreche dafür, dass aufgrund der Ausschreibungsunterlagen die Vorlage vor Beginn der Leistungsausführung für ausreichend gehalten wurde.

Auch sei das von ihr angebotene Kunststoffrasenprodukt Ultra xxxxxxxxxxxxxxxxxxxNDR gleichwertig und entspreche somit dem Leistungsverzeichnis. Das Produkt entspreche der DIN V 18035/7 vom Juni 2002 mit dem geforderten Belagstyp C gemäß Anhang A. Damit sei das Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit eingehalten worden. Ein weiterer Gleichwertigkeitsnachweis sei nicht erforderlich gewesen.

Sie habe durch Vorlage des Prüfzeugnisses des Otto-Graf-Instituts der Universität Stuttgart vom 14.03.2003 sowie des Gütenachweises nach RAL-GZ 943/2 vom 15.03.2004 den Nachweis für die Gleichwertigkeit ihres Produktes erbracht. Sofern die Antragsgegnerin demgegenüber von einzelnen Unterschieden in der technischen Spezifikation darauf schließe, dass der von der Antragstellerin angebotene Kunstrasen nicht gleichwertig haltbar sei, schneller verfilze, eines höheren Pflegeaufwandes bedürfe und schneller ausgetauscht werden müsse, würden diese Unterstellungen fachlich durch nichts gestützt. Ggf. hätte die Antragsgegnerin die Gleichwertigkeit unter Hinzuziehung von Beratern und Sachverständigen prüfen müssen. Dies sei zwingende Voraussetzung für die fehlerfreie Bewertung der technischen Gleichwertigkeit.

Die Antragstellerin meint, § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A komme hier - entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin- nicht zur Anwendung. Rechtsgrundlage sei § 21 Nr. 2 VOB/A. Allerdings entspreche es nicht der Intention des § 21 Nr. 2 VOB/A, die einzelnen produktspezifischen Parameter minutiös gegenüber zu stellen. Denn die völlige Übereinstimmung der Produktdaten führe dazu, dass nur das hinter dem Ausschreibungstext stehende Produkt hätte angeboten werden können. Dies würde aber dem aus § 9 Nr. 5 VOB/A resultierenden Gebot der produktneutralen Ausschreibung widersprechen. In der mündlichen Verhandlung wies die Antragstellerin darauf hin, dass es nach ihrem Kenntnisstand lediglich eine Firma gebe, die das verlangte Produkt herstelle und am Markt vertreibe.

Weiterhin meint die Antragstellerin der von ihr angebotene Ballfangzaun des Fabrikates A-Z xxxxxxxx GmbH verfüge über die Ausstattungsmerkmale des vorgegebenen Systems. Bei dem vorgelegten Musterstück handele es sich um einen Rohling, der verständlicherweise nicht über Dämpfungspuffer zur Schallisierung verfüge.

In der mündlichen Verhandlung brachten sowohl die Antragsgegnerin als auch die Antragstellerin Musterstücke mit, die in Augenschein genommen wurden. Das von der Antragsgegnerin präsentierte Musterstück, welches sie von der xxx Tor und xxxxxGmbH unmittelbar erhalten hatte, verfügte nicht über die verlangten Puffer. Die Antragstellerin behauptet, dass dieses Musterstück auch ohne einen konkreten Bezug zu ihrem Angebot übersandt worden sei. Sie präsentierte in der Verhandlung ein anderes Musterstück, dass unstrittig dem Leistungsver-

zeichnis entsprach, und wies darauf hin, dass sie in ihrem Angebot ein solchen Ballfangzaun angeboten habe.

Im Übrigen habe die Antragsgegnerin erstmals im Nachprüfungsverfahren diesen Ausschlussgrund genannt, der nicht im Vergabevermerk vom 21.02.2005 dokumentiert worden sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin zu erteilen,
2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin meint, sie habe das Angebot der Antragstellerin zu Recht wegen Unvollständigkeit und unzulässiger Änderungen der Verdingungsunterlagen nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen.

Unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Dresden, Beschluss vom 12.06.2002, WVerg 0006/02 und des BayObLG, Beschluss vom 19.03.2002, Verg 2/02, vertritt die Antragsgegnerin die Auffassung, eine fehlende Tariftreuerklärung für einen Nachunternehmer führe zwingend zu einem Bieterausschluss, da dieses Erklärungsdefizit zu einer Wettbewerbsverzerrung für die Bieter führen könne und daher gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße. Angebote müssten annahmefähig sein und alle in der Ausschreibung geforderten Erklärungen enthalten. Ansonsten hätte der Bieter es nach der Submission noch in der Hand, sein nicht annahmefähiges Angebot durch Nachreichen von Erklärungen vollständig zu machen oder zurückzuziehen. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung habe sie –trotz missverständlicher Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen- die Vorlage der Nachunternehmer-tariftreuerklärung bis zum Submissionstermin gefordert. Die Tariftreuerklärung entsprechend dem Vordruck aus dem Vergabehandbuch beziehe sich – so meint die Antragsgegnerin- wohl nur auf den Fall, dass nach Auftragserteilung ein bislang dem Auftraggeber nicht benannter Nachunternehmer beschäftigt werden soll.

Das von der Antragstellerin angebotene Kunststoffrasenprodukt sei im Hinblick auf die Gebrauchstauglichkeit nicht gleichwertig. Denn in der Position 05.003 seien neben der Einhaltung der DIN V 18035-7 noch weitere technische Anforderungen zum Trägermaterial, zur Rückenausstattung etc. gefordert worden, die das von der Antragstellerin angebotene Produkt nicht erfülle. Aus dem technischen Datenblatt zum angebotenen Produkt, das man einem Produktkatalog entnommen habe, der dem Angebot nicht beigelegt war, könnten diese Abweichungen geschlossen werden. Darüber hinaus habe die Antragstellerin aber auch keinen Nachweis der Gleichwertigkeit nach § 21 Nr. 2 Satz 2 VOB/A erbracht.

Das Angebot der Antragstellerin stimme mit den Vorgaben in der Position 05.003 nicht überein; daher sei es nicht mit den von anderen Bietern abgegebenen Angeboten vergleichbar. Durch Änderungen in den Verdingungsunterlagen nicht mehr vergleichbare Angebote seien zwingend nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A auszuschließen.

Weiterhin sei der von der Antragstellerin in der Position 09.005 angebotene Ballfangzaun nicht gleichwertig zu dem ausgeschriebenen Produkt. Bei dem verlangten Produkt würden zur Schallisierung der Pfosten untereinander Dämpfungspuffer aus nicht alterndem Gummi einseitig zwischen Pfosten und Befestigungswinkel aufgebracht. Das von der Antragstellerin beigelegte Musterstück verfüge nicht über diese Ausstattungsmerkmale.

Die Beigeladene hat darum gebeten, die Akteneinsicht in ihr Angebot nur auf die Titelsummen zu beschränken, die Einheitspreise aber den Mitbewerbern nicht offen zu legen.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer bis zum 25.04.2005 verlängert. Am 15.04.2005 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer Münster ist für die Entscheidung zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB) und die Antragsgegnerin als Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW).

Der geschätzte Auftragswert für die ausgeschriebenen Leistungen beträgt ca. 300.000 bis 330.000 Euro, wobei der Gesamtauftragswert für die Gesamtbaumaßnahme unstrittig den nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 4 und § 3 Abs. 1 VgV maßgeblichen Schwellenwert übersteigt.

Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen, weil die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen hat.

1. Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB, weil sie mit der Vorlage des Angebotes ihr Interesse am Auftrag bekundete und ihr aufgrund des Rangplatzes ein Schaden droht, wenn ihr Angebot unzulässigerweise ausgeschlossen wird.

Sie hat mit Schreiben vom 04.03.2005 unverzüglich gerügt. Der Zulässigkeit steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin zwischen der Rüge eines Verfahrensverstößes und dem Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens der Antragsgegnerin keine Gelegenheit gegeben hat, den Verstoß abzustellen. Denn das Gesetz sieht keine Wartefrist vor und es besteht auch nach dem Sinn und Zweck der Präklusionsregeln kein genereller Anlass dafür (OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.05.2000, 11 Verg 1/99).

2. Der Nachprüfungsantrag ist aber unbegründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Das Angebot der Antragstellerin ist hier zu Recht von der Antragsgegnerin gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen worden, weil das von ihr angebotene Kunststoffrasenprodukt nicht den Anforderungen in der Leistungsbeschreibung entsprach.

(1) Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin zulässigerweise gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen, weil das im Angebot angebotene Kunstrasenprodukt nicht die in der Leistungsposition 05.003 geforderten technischen Voraussetzungen erfüllte.

Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A werden Angebote ausgeschlossen, die Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthalten. Dabei kommt es nicht auf die Bedeutung der Abweichung und die wirtschaftlichen oder technischen Auswirkungen an, sondern nach dem Wortlaut der o.g. Vorschriften führt jedwede Änderung der Verdingungsunterlagen, und zwar auch eine Änderung in einem einzelnen Punkt, zwingend zum Ausschluss eines Angebots (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.11.2000, Verg 21/00; Beschluss vom 14.03.2001, Verg 32/00 zur inhaltsgleichen Bestimmung in der VOL/A). Änderungen an den Verdingungsunterlagen können in Streichungen oder Ergänzungen bestehen, aber auch in der Abänderung der zu erbringenden Leistung (Heiermann/Riedl/Rusam, Kommentar zur VOB, 10. Auflage, § 21 Rd. 11). Nur ein solches Verständnis wird auch dem Normzweck der genannten Vorschriften gerecht, der die Abgabe durchsichtiger, in den ausgewiesenen Leistungsmerkmalen identischer und miteinander ohne weiteres vergleichbarer Angebote sicherstellen und damit einen fairen Wettbewerb gewährleisten soll (BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 85/97; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.03.2001, Verg 32/00). Ein derartiges Angebot muss nach dem Beschluss des BayObLG vom 08.12.2004, Verg 19/04, auch schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil es wegen der sich nicht deckenden Willenserklärungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nicht zu dem beabsichtigten Vertragsschluss führen kann. Der Auftraggeber will die Leistung regelmäßig mit den von ihm geforderten Mindestanforderungen ausgeführt haben. Die Bieter haben folglich vergleichbare Angebote vorzulegen.

Die Antragstellerin hat in der Position 05.003 ein von der Leistungsbeschreibung abweichendes Produkt angeboten. Der von ihr angebotene Kunststoffrasen „Ultra Grass Edel MPF 33 NDR“ entspricht nicht in allen Punkten den Anforderungen der Ausschreibung.

Ausweislich des Prüfzeugnisses des Otto-Graf-Instituts, Universität Stuttgart, vom 14.03.2003, entspricht das von der Antragstellerin angebotene Produkt zwar dem Belagstyp C nach DIN V 18035-7 (Juni 2002). Aus der Beilage 1 zum Prüfzeugnis ergeben sich jedoch Einzelwerte, die mit den geforderten Angaben in dem Leistungsverzeichnis nicht übereinstimmen.

a) Die Antragsgegnerin hat in der Position ausgehend von der DIN V 18035-7, Belagstyp C, noch weitere Anforderungen an das Produkt gestellt, die von den Bietern zu erfüllen waren. Allein die Vorlage des Prüfzeugnisses war somit nicht ausreichend; vielmehr hatte die Antragsgegnerin für das Material „Kunstrasen“ die Erfüllung weiterer technischer Voraussetzungen verlangt, die über das hinausgehen, was sich aus der DIN V 18035-7 ergibt.

Die Forderung von weiteren technischen Voraussetzungen ist auch zulässig, denn die DIN Normen enthalten lediglich Mindestbedingungen. Sie spiegeln einen bestimmten technischen Standard wieder, der aber durch die laufende Fortentwicklung von Produkten überholt werden kann. Der Auftraggeber hat die Möglichkeit, Produkte am Markt nachzufragen, die diese neuen technischen Details erfüllen. Das war hier der Fall. Ein Produkt, das zwar die Voraussetzungen der DIN erfüllte, aber nicht die weiteren zusätzlichen Anforderungen aus der Position 05.003, musste folglich von der Antragsgegnerin ausgeschlossen werden.

Bei dem Polmaterial hat sie eine Dichte von 120 µm gefordert; ausweislich der Beilage 1 beträgt die Bändchendicke des Polmaterials der Antragstellerin jedoch „nur“ 70 µm. Die flächenbezogene Masse sollte ca. 2.250 g/m² betragen und nicht wie in der Beilage 1 ausgeführt, rd. 2035 g/m². Bei der Rückenausstattung forderte die Antragsgegnerin eine Latex-Verfestigung von ca. 1000 g/m², nach der Beilage 1 weist die Latex-Verfestigung des eigenen Produktes „lediglich“ 850 g/m² auf. Auch die Noppenzahl pro Quadratmeter sollte bei 17.850 liegen und nicht bei rd. 19.950, wie sich aus der Beilage 1 ergibt.

Da das von der Antragstellerin angebotene Produkt in mehreren Punkten diese Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllte, ist insoweit eine Änderung der Verdingungsunterlagen im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A feststellbar.

b) Dabei kommt es nicht auf die Bedeutung der Abweichung und die wirtschaftlichen oder technischen Auswirkungen an. Vielmehr ist unabhängig vom Umfang und der Intensität der festgestellten „Abweichungen“ eine Änderung der Verdingungsunterlagen gegeben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.2004, Verg 47/04; Weyand, Ibr-Kommentar, § 25 Rd. 4446).

Bei § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A handelt es sich um einen zwingenden Ausschlussgrund; es kommt nicht mehr darauf an, welchen Umfang oder welche Konsequenzen die o.a. Abweichungen in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht haben. Soweit im Vergabevermerk vom 21.02.2005 und der Stellungnahme der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx vom 07.03.2005 ausgeführt wird, dass der von der Antragstellerin angebotene Belag nicht gleichwertig haltbar sei, die Garne schneller spleißen und der gesamte Belag somit eines höheren Pflegeaufwandes bedürfe, wesentlich schneller unbrauchbar werde und schneller ausgetauscht werden müsse, kann dies dahinstehen. Denn allein das Vorhandensein des Ausschlussgrundes bzw. der Abweichung vom Leistungsverzeichnis führt zur Nichtberücksichtigung des Angebotes, und zwar unabhängig von der Erheblichkeit der Abweichung oder den Motiven der Antragsgegnerin, warum sie hier das angebotene Produkt nicht akzeptieren will. Dies ergibt sich aufgrund des Normzwecks des § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A; nicht vergleichbare Angebote sind auszuschließen, um einen fairen Wettbewerb sicherzustellen.

c) Der vorstehende Mangel im Angebot der Antragstellerin ist nur dann unerheblich, wenn die Antragsgegnerin ihrerseits mit ihrer Leistungsbeschreibung gegen Vergaberegeln verstoßen hat und mithin unzulässige Vergabebedingungen gestellt hätte. Das ist hier nicht der Fall.

Gemäß § 9 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A dürfen bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie Ursprungsorte und Bezugsquellen nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden, wenn dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt ist. Die Beschreibung technischer Merkmale durch die Vergabestelle darf letztlich nicht die Wirkung haben, dass bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugt oder ausgeschlossen werden.

Es ist aber allein Sache der Vergabestelle zu entscheiden, welche Gegenstände sie aus schreibt. Der Leistungsgegenstand wird von der Vergabestelle bestimmt. Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, ihren Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind (VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 29.09.2004, VK 14/04). Dazu hat sie eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung vorzunehmen, um es den Bewerbern zu ermöglichen, vergleichbare Angebote abzugeben (Prieß, Die Leistungsbeschreibung, NZBau 2004, Seite 91). Allein der Auftraggeber entscheidet, was er haben will und wie er es haben will (OLG Koblenz, Beschluss vom

05.09.2002, 1 Verg 2/02). Es ist nicht Aufgabe der Vergabekammern oder Vergabesenate den tatsächlichen oder vermeintlichen Bedarf einer Vergabestelle zu überprüfen. Das Vergaberecht regelt nicht, ob ein öffentlicher Auftraggeber sich zu einer Beschaffung entschließt oder welchen Gegenstand er beschafft. Unter Beachtung dieser vergaberechtliche Vorgaben kann eine Vergabestelle eine Ausschreibung nach ihren eigenen Vorstellungen gestalten. Sie hat folglich auch die Möglichkeit, das Produkt, das sie haben möchte, so genau wie möglich in der Leistungsbeschreibung zu beschreiben, um genau dieses Produkt angeboten zu bekommen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin mag zwar die Ausschreibung in der vorliegenden Form auf das als einziges derzeit marktgängige Produkt der Firma Polythan hinauslaufen, dies führt aber nicht zu einer wettbewerbsfeindlichen Verengung des Angebotsmarktes, die durch § 9 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A verhindert werden soll (in diesem Sinne vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.03.2001, Verg 32/00). Wenn nämlich der geforderte Kunstrasen von einem Hersteller, wie hier der Firma Polythan, hergestellt wird, dann hat jede Lieferfirma die Möglichkeit, sich dieses Produkt zu besorgen. Auch die Antragstellerin war von der Möglichkeit eines Bezugs von dieser Firma weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen. Sie hätte demzufolge auch die Möglichkeit gehabt, sich dieses Produkt zu "besorgen" und in ihrem Angebot anzubieten. Dass dies nicht wirtschaftlich ist, wenn man selbst Kunstrasenprodukte herstellt, kann nicht zum Anlass genommen werden, der Vergabestelle vorzuhalten, dass sie ein Produkt mit ganz bestimmten technischen Merkmalen nicht fordern darf. Auch die Beigeladene muss als Garten- und Landschaftsbauunternehmen sich das in der Leistungsbeschreibung geforderte Material besorgen, weil sie es in ihrem Angebot zu einem bestimmten Preis angeboten hat.

Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin in ihrer Leistungsbeschreibung ca. Angaben zu den Einzelwerten, wie beispielsweise „Rückenausstattung ca. 1000g/m²“ usw., gemacht. Produkte, die diese Vorgaben annähernd erfüllten, konnten somit als vergleichbare Produkte angeboten werden. Die Antragsgegnerin behauptet, das Produkt der Firma „xxxxx“ wäre ein solches Produkt. Dies bleibt dahingestellt, weil die Kammer der Auffassung ist, dass die Beschreibung der technischer Bedingungen in der vorliegenden Form zulässig war und nicht gegen § 9 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A verstößt.

(2) Das Angebot der Antragstellerin musste auch nicht gemäß § 25 Nr. 4 VOB/A in Verbindung mit § 21 Nr. 2 VOB/A in der Wertung belassen werden. Gemäß § 21 Nr. 2 VOB/A darf eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweicht, angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muss im Angebot eindeutig bezeichnet sein. Die Gleichwertigkeit ist mit dem Angebot nachzuweisen.

Unabhängig davon, ob die Antragstellerin in ihrem Angebot die Abweichung tatsächlich eindeutig bezeichnet hat, fehlt es hier an dem Nachweis der Gleichwertigkeit.

Wie bereits ausgeführt, verlangte die Antragsgegnerin die Einhaltung der DIN V 18035-7, Belagstyp C, und darüber hinaus hat sie ganz konkret in der Leistungsposition 05.003 weitere Anforderungen gestellt (vgl. dazu (1) a)). Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot nicht nachgewiesen, dass genau diese weiteren Anforderungen an das ausgeschriebene Material durch das von ihr angebotene Produkt erfüllt werden. Aus den beigefügten Prüfzeugnissen ergibt sich lediglich, dass ihr Produkt der DIN V 18035-7 entspricht; nicht aber, dass auch die geforderte Dichte des Polmaterials oder die Latex-Verfestigung den Ausschreibungsanforderungen entspricht. Für die weitergehenden Anforderungen fehlt der Gleichwertigkeitsnach-

weis. Insofern war die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, die Gleichwertigkeit des Angebotes der Antragstellerin mit den anderen Angeboten gemäß § 21 Nr. 2 VOB/A zu prüfen.

(3) Die Antragsgegnerin war auch nicht verpflichtet, dass Hauptangebot der Antragstellerin als Änderungsvorschlag oder Nebenangebot gemäß § 25 Nr. 5 VOB/A zu werten. In der „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes“ teilte die Antragsgegnerin den Bewerbern unter Ziffer 5.2.3 mit: „Nebenangebote werden nur unter der Voraussetzung der Abgabe eines Hauptangebotes zugelassen.“

Da die Antragstellerin mit ihrem Hauptangebot zu Recht ausgeschlossen wurde, kommt eine Wertung ihres Hauptangebotes als Nebenangebot nicht in Betracht.

(4) Die Antragstellerin hatte zudem ein Nebenangebot vorgelegt. Die Prüfung des Nebenangebotes der Antragstellerin, mit dem sie das Produkt „Ultra xxxxxxxxxxxxxxxxxxx LSR 35 MR“ für die Position 05.003 anbietet, kann hier dahingestellt bleiben, weil dieses Nebenangebot im Preis wesentlich über vielen anderen Angeboten lag.

(5) Das Angebot der Antragstellerin konnte hingegen nicht wegen dem Fehlen der Tariftreue-Erklärung des Nachunternehmers gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) in Verbindung mit § 21 Nr. Abs. 1 Satz 3 VOB/A ausgeschlossen werden, wonach Angebote, die die geforderten Erklärungen nicht enthalten, auszuschließen sind.

Denn nach dem Vordruck, den die Antragsgegnerin den Bewerbern übersandte, musste diese Erklärung erst vor Beginn der Leistungsausführung vorliegen. Sie musste nicht mit dem Angebot abgegeben werden und sie musste auch nicht bis zum Submissionstermin vorgelegt werden. Insofern lag keine Unvollständigkeit des Angebotes der Antragstellerin vor. Der Vordruck ist eindeutig und konnte nicht anders verstanden werden.

Ob dadurch, wie die Antragsgegnerin meint, der Bieter auch nach der Abgabe seines Angebotes unzulässigerweise die alleinige Dispositionsmöglichkeit über den Abschluss des Vertrages behält, lässt die Kammer hier dahingestellt, weil es nicht mehr entscheidungsrelevant ist.

Die Kammer tendiert hier zu der Auffassung, die auch das BayObLG im Beschluss vom 19.03.2002, Verg 2/02 vertreten hat. Angebote müssen im Zeitpunkt des Submissionstermins annahmefähig sein. Eine wie auch immer geartete einseitige Dispositionsmöglichkeit des Bieters über sein Angebot darf es nach der VOB/A nicht geben, weil ansonsten der Gleichbehandlungsgrundsatz tangiert sein kann.

(6) Ob das Angebot der Antragstellerin auch wegen des angebotenen Ballfangzauns der Firma xxxxxxxxxxxx GmbH in der Position 09.005, der nach Auffassung der Antragsgegnerin nicht gleichwertig zu dem ausgeschriebenen Produkt ist, von der Wertung auszuschließen war, lässt die Kammer – da nicht mehr entscheidungsrelevant – ebenfalls dahingestellt.

In der mündlichen Verhandlung ist anhand von mitgebrachten Musterstücken ausgeführt worden, worum es der Antragsgegnerin bei der Ausschreibung des Ballfangzaunes ging. Insofern diente die Inaugenscheinnahme der Musterstücke lediglich zur Verdeutlichung der Leistungsbeschreibung. Eine Beweisaufnahme erfolgte nicht, weil anhand dieser Musterstücke nicht geklärt werden sollte und konnte, ob der im Angebot der Antragstellerin tatsächlich angebotene Ballfangzaun dem Leistungsverzeichnis entsprach. Dies hat die Kammer dahingestellt sein lassen. Jedenfalls hat die Antragsgegnerin die ihr obliegende Aufklärungspflicht erfüllt, in-

dem sie bei der Antragstellerin mit der Email vom 15.02.2005 Info-Material zu dem von der Antragstellerin angebotenen Ballfangzaun anforderte.

III.

Ist das Angebot eines Antragstellers auszuschließen, kann der weitere Fortgang des Vergabeverfahrens weder seine Interessen berühren noch kann der Antragsteller durch eine etwaige Nichtbeachtung vergaberechtlicher Bestimmungen in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz lässt der Senat in ständiger Rechtsprechung aber in dem Fall zu, in welchem der öffentliche Auftraggeber bei gebührender Beachtung des als verletzt gerügten Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht nur das Angebot des Antragstellers, sondern gleichermaßen auch das allein in der Wertung verbliebene Angebot des Beigeladenen oder alle anderen tatsächlich in die Wertung gelangten Angebote hätte ausschließen und (zum Beispiel) ein neues Vergabeverfahren hätte durchführen müssen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.2004, Verg 47/04). Das Gebot, die Bieter gleich zu behandeln, verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, solche Angebote, die vergaberechtlich an demselben (gleichartigen) Mangel leiden, vergaberechtlich gleich zu behandeln.

Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass die Tariftreueerklärung des Nachunternehmers nach dem Wortlaut der Ausschreibung nachträglich hätte vorgelegt werden können, hat die Kammer noch das Angebot der Beigeladenen und der anderen Bieter geprüft. Da jedenfalls das Angebot der Beigeladenen vollständig war, kommt eine Aufhebung der Ausschreibung nicht in Betracht.

Dem Angebot der Beigeladenen lag der Vordruck über die Tariftreueerklärung des Nachunternehmers bei; dieser war von dem beabsichtigten Nachunternehmer bereits unterschrieben worden.

Dem Angebot der Beigeladenen lagen die Prüfzeugnisse zum Kunststoffrasen nicht bei. Allerdings verlangt die Ausschreibung nicht die Vorlage der Prüfzeugnisse zusammen mit dem Angebot; vielmehr ist es ausreichend, dass ein zum Zeitpunkt des Submissionstermines gültiges Prüfzeugnis vorhanden ist und dies ggf. auf Nachfrage der Vergabestelle vorgelegt werden kann. Aus dem Angebot der Beigeladenen ergibt sich, dass sie sich in der Position 05.003 auf Prüfzeugnisse vom 15.07.2002 beruft.

IV.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung. Der Kostenrahmen ergibt sich aus § 128 Abs. 2 GWB. Die Vergabekammern des Bundes haben in Zusammenarbeit mit den Vergabekammern der Länder eine Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt.

Ausgehend von dem Bruttoangebotspreis aus dem Angebot der Antragstellerin beträgt die Gebühr 2.575,00 Euro. Die Antragstellerin hat als unterliegende Partei diese Gebühr zu tragen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebe-gründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechts-anwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öf-fentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Ver-gabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerde-schrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Stolz

Hartmann

