



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 10/00

Halle, 12. April 2000

§ 97 Abs. 1 GWB -Produktneutrale Ausschreibung

In dem Nachprüfungsverfahren der

Firma M.....

Antragstellerin,

g e g e n

AWO

Antragsgegnerin,

w e g e n

gerügtem Vergabeverstöß im Offenen Verfahren zur Baumaßnahme "Neubau und Umbau des Altenpflegeheimes der AWO – Handläufe/Rammschutz" hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle aufgrund der mündlichen Verhandlung am 06. April 2000 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Herrn Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtfrau Katzsch und dem ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Hoppe beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, das Leistungsverzeichnis unter Beachtung des § 97 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) in Verbindung mit §§ 9 Nr. 5 und 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/A zu überarbeiten. Die herausgegebenen Seiten des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses sind zurückzufordern und in geänderter Fassung den Bewerbern zuzusenden.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

3. Die von der Antragsgegnerin zu zahlende Gebühr wird auf DM festgesetzt.

Gründe

I

Die Antragsgegnerin schrieb im Offenen Verfahren nach § 101 Abs. 2 GWB i.V.m. § 3 a Nr. 1 Buchstabe a) VOB/A zur Baumaßnahme Neubau und Umbau des Altenpflegeheimes das Los Handläufe/Rammschutz aus. Da der Auftragswert der gesamten Baumaßnahme für das streitbefangene Vergabeverfahren den maßgeblichen Schwellenwert gem. Artikel 4a Baukoordinierungsrichtlinie übersteigt, erfolgte der Versand der Veröffentlichung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EU am 02.02.2000.

Mit Schreiben vom 07.03.2000 (Eingang hier am 09.03.2000) wandte sich die Antragstellerin an die Vergabekammer bezüglich vorgenannter Ausschreibung. Durch die Art der geforderten Leistung habe sie keine Chancen sich erfolgreich am Wettbewerb zu beteiligen.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 10.03.2000 wurde der Antragsgegnerin der Antrag gem. § 110 Abs. 2 GWB zugestellt und über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 GWB belehrt.

Auf Aufforderung reichte die Antragsgegnerin am 14.03.2000 das Blankett der Verdingungsunterlagen ein. Die zu erbringende Leistung (hier: beispielgebend) ist wie folgt beschrieben:

Titel 1 – Handläufe / Rammschutz Sozialtrakt

Pos. 1.10 Handlauf Ahorn Ø 42 mm

Holzhandlauf
aus Ahornholz massiv,
helle Sortierung, 1a Leistenqualität,
runder Querschnitt, Ø 42 mm,
Oberfläche 3-fach klarlackiert,
desinfektionsmittelbeständig,
mit 2Komponenten-PUR-Lack (formaldehydfrei!),
Sägekanten fein verschliffen und nachlackiert,
Befestigung über unterseitig verdeckt eingebohrte
Wandkonsolen wie nachfolgend beschrieben,
keine sichtbaren Verschraubungen am Handlauf,

Richtfabrikat Garderobia "Handlauf 80.03 Ahorn" o.glw.

Bezugsnachweis:

Garderobia Metallwaren GmbH, Mergenthaler Straße 3-5
73760 Ostfildern, Tel.: 0711/16720-0

.....

(angebotenes Fabrikat)

Ausführung s. Detail D06.100

25 m

Hinweise, die die Nennung eines Fabrikates rechtfertigen sollen, sind in den Vergabeunterlagen nicht enthalten.

Von 16 Leistungspositionen sind in 7 Positionen der Hersteller und vereinzelt die genaue Bezugsquelle benannt.

Die Antragstellerin rügt, dass in der Ausschreibung Preise für Handläufe und Rammschutz in der Ausführung "Ahorn" der Firma Garderobia abgefordert werden und nach eigenen Recherchen würden diese nur von ihr vertrieben. Auf Nachfrage sei ihr mitgeteilt worden, dass die besagte Firma ausschließlich ab Werk incl. Montage anbiete. Sie sehe keinen Grund, weshalb es bei dieser Ausschreibung erforderlich sei, das Fabrikat und sogar die Bezugsquelle zu benennen. Anhand der detaillierten Beschreibung und den beigefügten Zeichnungen sei es den Fachfirmen möglich, das Gewollte anzubieten.

Sie beantragt daher,

1. das Leistungsverzeichnis zu überprüfen
und
2. den Auftraggeber anzuweisen, dieses produktneutral auszugestalten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, die Beschwerde sei haltlos und sollte den weiteren Vergabeverlauf nicht beeinflussen können. Die seitens des Antragstellers getroffenen Aussagen seien nicht zutreffend.

Das ausgeschriebene Richtfabrikat (Hersteller "Garderobia") sei im Bereich des Krankenhauses-/Pflegeheimbaus allgemein als zuverlässiges und übliches Fabrikat bekannt. Auf dem Markt existiere jedoch eine Vielfalt von vergleichbaren Fabrikaten, die ebenfalls Edelstahl-Konsolhalter im ausgeschriebenen Standard oder entsprechende Holzrundhandläufe in der Holzart Ahorn im Lieferprogramm anböten. Die Lieferkonditionen entsprächen dem beschriebenen System.

Nach Auskunft der Firma Garderobia würden die Handlaufsysteme in verschiedenster Form, auch als Einzelbestandteile an ausführende Betriebe zur Montage abgegeben (z.B. vorgefertigte Elemente oder auch nur Geländerhalter ohne Holzhandlauf). Die vom Bieter in der Beschwerde dargestellte Form des Bezuges in der ausschließlichen Form der Komplettmontage sei nach Auskunft des Firmenvertreters nicht üblich.

In diesem Zusammenhang ist sie der Auffassung, dass nach § 9 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A Produktbezeichnungen als Marken- oder Patentnamen nur mit dem Zusatz "oder gleichwertiger Art" (i.d.R. "o.glw." abgekürzt) zur Beschreibung der Leistung verwendet werden dürften. Die Ausschreibung sei dementsprechend erstellt worden und anhand der beiliegenden Unterlagen sei der korrekte Aufbau der Verdingungsunterlagen erkennbar.

Zur Anschauung wurden zwei Prospekte weiterer Systemhersteller beigelegt, deren Produkte die technische und gestalterische Gleichwertigkeit belegen sollen.

Ergänzend zum Schriftsatz wurde in der mündlichen Verhandlung durch den Vertreter des Architekturbüros Nachstehendes sinngemäß dargelegt. Aufgrund der Praxis, wie gerade in den neuen Bundesländern, sei es häufig für die ausschreibende Stelle praxisnäher bzw. einfacher, ein Richtfabrikat mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu benennen, um es dem Bieter zu vereinfachen, überhaupt erst mal auf die richtige Spur zu kommen, was er anbieten solle. Es gäbe marktübliche Fabrikate in verschiedener Ausführung von verschiedenen Herstellern, die fast baugleich seien. Wenn kein Richtfabrikat zu einem speziellen System angegeben würde, käme prinzipiell von jedem Bieter die Nachfrage, wo könne er das Produkt beziehen, muss das Produkt selbst gebaut werden, gibt es eine Bezugsquelle. Um es dem Bauherren zu vereinfachen und um Rückfragen zu den ausgeschriebenen Produkten auszuschließen, stehe hier das Richtfabrikat "Garderobia" im Leistungsverzeichnis.

II

Der Antrag ist zulässig.

Die Zuständigkeit zur Überprüfung der Vergabebeschwerde durch die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ist in § 104 Abs. 1 GWB i.V.m. dem Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999-63-32570/03, Abschnitt II Abs. 1 und 2 geregelt.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Abs. 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert für die Vergabe von Bauleistungen gem. § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 3 Abs. 1 der Vergabeverordnung vom 22.02.1994 (BGBl. I S. 321), ergänzt durch die Erste Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 29.09.1997 (BGBl. I S. 2384) und § 1a VOB/A ist mit 12,6 Mio. DM überschritten.

Eine nach § 127 Nr. 1 GWB zur Umsetzung der Schwellenwerte vorgesehene Richtlinie ist zwar noch nicht ergangen, die zitierte Vergabeverordnung ist aber trotz Aufhebung der Ermächtigungsgrundlage, § 57 a Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG), weiterhin in Kraft. Für die Rechtswirksamkeit einer Verordnung reicht es aus, wenn die Ermächtigungsgrundlage im Zeitpunkt des Inkrafttretens vorhanden ist (vgl. BVerfGE 3, 255, 260). Aus Art. 3 Nr. 1 des Vergaberechtsänderungsgesetzes vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2512), mit welchem lediglich die §§ 57 a bis 57 c HGrG sowie die Nachprüfungsverordnung vom 22.02.1994 aufgehoben wurden, geht hervor, dass der Vergabeverordnung weiterhin Geltung zukommt.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB befugt einen Antrag zu stellen. Sie hat mit der Abforderung der Ausschreibungsunterlagen des von der Antragsgegnerin durchgeführten Offenen Verfahrens ein offensichtliches Interesse am betreffenden Auftrag bekundet, eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht und dargelegt. Zwar fehlen in der Antragsschrift hierzu konkrete Ausführungen, doch reicht es aus, wenn die Möglichkeit eines Schadens aus dem Vortrag der Antragstellerin logisch folgt. Befürchtet die Antragstellerin, dass sie aufgrund der Verletzung von Vergabevorschriften von der Möglichkeit ausgeschlossen wird, den Antrag zu er-

halten, ergibt sich hieraus in aller Regel zugleich die Möglichkeit des Schadens (VK Bund, Beschluss v. 26.8.1999, VK 2-22/99).

Nicht erforderlich ist, dass die Antragstellerin nachweist, dass sie bei konkreter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag tatsächlich auch erhalten hätte (VÜA Thüringen, Beschluss v. 15.6.1999, 2 VÜ 3/99). Die Anforderungen an § 107 Abs. 1 GWB dürfen in Anbetracht des effektiven Rechtsschutzes der Bieter nicht überzogen werden. Für die Antragstellerin besteht durchaus die Chance, im Rahmen eines ordnungsgemäßen Wettbewerbes, den Zuschlag zu erhalten.

Das Erfordernis der vorherigen Rüge gegenüber die Antragsgegnerin gemäß § 107 Abs. 3 GWB ist erfüllt. Die Antragstellerin hat den Vergabeverstoß gegenüber der Antragsgegnerin gerügt, indem sie darauf hingewiesen hat, dass das Leistungsverzeichnis nicht produktneutral abgefasst wurde. Ausführungen hierzu sind nur veranlasst, soweit die Antragsgegnerin die Unzulässigkeit der Beschwerde geltend macht.

Der Antrag ist auch begründet.

Das Leistungsverzeichnis genügt nicht dem Erfordernis des § 97 Abs. 1 GWB. Es wurden die Vergabebestimmungen für das öffentliche Auftragswesen, hier Verdingungsordnung für Bauleistungen, rechtsfehlerhaft umgesetzt.

Die Kammer konnte nicht davon überzeugt werden, dass die Nennung des Richtfabrikates "Garderobia" und die dazugehörige Bezugsquelle die Ausnahmetatbestände des § 9 Nr. 5 VOB/A rechtfertigen. Dies wird schon daran deutlich, dass die Antragsgegnerin in der Lage war, die geforderte Leistung allumfassend und detailliert zu beschreiben.

Nach § 97 Abs. 1 GWB beschaffen öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen grundsätzlich im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren. Das Vergaberechtsänderungsgesetz zielt vor allem auf die Organisation größtmöglichen Wettbewerbs im Vergabeverfahren. Diese besondere Betonung des Wettbewerbsprinzips ist Ausdruck für das gewandelte Verständnis des Vergaberechts.

§ 9 Nr. 5 Abs. 1 und 2 VOB/A legen fest, dass bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmte Ursprungsorte und Bezugsquellen nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden dürfen, wenn dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt ist. Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren (z.B. Markennamen, Warenzeichen) dürfen nur ausnahmsweise, jedoch nur mit dem Zusatz "oder gleichwertiger Art" verwendet werden, wenn eine Beschreibung durch hinreichend genaue, allgemeinverständliche Bezeichnungen nicht möglich ist.

Im vorliegenden Fall zeigt das Leistungsverzeichnis das eine Beschreibung der gewollten Leistung mittels abstrakter technischer Parameter sehr wohl möglich ist. Die Antragsgegnerin bestreitet dies auch nicht, sondern hat in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass die Nennung des Richtfabrikates samt Bezugsquelle eine Serviceleistung gegenüber den möglichen Bewerbern sein sollte, um unnötiges Nachfragen zu vermeiden und die Angebotsabgabe zu erleichtern.

Soweit die Antragsgegnerin der Auffassung ist, dass das Leistungsverzeichnis sich mit den Anforderungen des § 9 Nr. 5 VOB/A deckt, geht sie in dieser Annahme fehl. Die Aufnahme der Bezeichnung "oder gleichwertig" ins Leistungsverzeichnis ersetzt nicht das Vorliegen des Erfordernisses der Unmöglichkeit, die Leistung allgemeinverständlich zu beschreiben. Die Antragsgegnerin verkennt, dass die unnötige Nennung eines Richtfabrikates die potentiellen Bewerber in Richtung dieses Richtfabrikates lenkt und somit den Wettbewerb negativ beeinflusst.

Der seitens der Antragsgegnerin gegebene Hinweis auf die Üblichkeit der Nennung eines Richtfabrikates steht im Widerspruch zum Leitgedanken des § 9 Nr. 5 VOB/A und vermag ihr Verhalten somit nicht zu rechtfertigen.

Der Wettbewerb, vor allem im Bauvertragswesen, muss jedem offen stehen, der in der Lage ist, im gewerblichen Verkehr Leistungen zu erbringen, also den Markt und damit den Wettbewerb in gesunder Weise zu bereichern. Deshalb dürfen Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren – insbesondere Markennamen – nur auf das unbedingt Notwendige im Rahmen der Leistungsbeschreibung abgestellt werden, da es grundsätzlich Sache des Auftragnehmers ist, zu entscheiden, welche Erzeugnisse er bei der betreffenden Bauausführung einsetzen will (Ingenstau/Korbion, Kommentar zur VOB/A, 13. Aufl., A § 9 Nr. 5 Rdn. 85).

Eine zusätzliche negative Begleiterscheinung der Nennung eines Richtfabrikates ist, dass es potenziellen Bewerbern nur sehr schwer möglich ist, die Gleichwertigkeit eines anderen Produktes oder Systems gegenüber dem Richtfabrikat nachzuweisen.

Eine unzulässige herstellerbezogene Systemvorgabe verstößt darüber hinaus gegen den Wettbewerbsgrundsatz des § 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/A sowie gegen das Diskriminierungsverbot des § 2 Nr. 2 VOB/A.

§ 2 Nr. 1 Satz 2 der VOB/A fordert, dass der Wettbewerb die Regel sein soll und entspricht mit dieser Forderung nach einem Wettbewerb dem Prinzip der marktwirtschaftlichen Grundsätze. Ziel eines uneingeschränkten Wettbewerbes soll es sein, allen in Betracht kommenden Firmen gleiche Chancen einzuräumen, § 97 Abs. 1 GWB.

Das Ziel der genannten Vorschriften besteht darin, den Marktzugang für alle Bieter offen zu halten und vor Beschränkungen und Verfälschungen des Wettbewerbs durch zu enge auf bestimmte Produkte zugeschnittene Leistungsbeschreibungen zu schützen. Gleichzeitig setzen die Festlegungen die Regelungen des Art. 10 Nr. 6 Baukoordinierungsrichtlinie um, sie sind unmittelbares primäres Gemeinschaftsrecht.

Die Regelungen im § 9 Nr. 5 VOB/A sind als "Ist-Bestimmung" einzuhalten, es bleibt also grundsätzlich kein darüber hinausgehender Ermessensspielraum. Angaben hinsichtlich bestimmter Erzeugnisse, Verfahren und Ursprungsorte sind grundsätzlich bei der Aufstellung der Beschreibung der Leistung zu vermeiden. Dies gilt auch im Hinblick auf ein bestimmtes Güte- oder Überwachungszeichen, wenn es gleichwertige Stoffe oder Bauteile auf dem Markt gibt (vgl. Handkommentar VOB, Ingenstau/Korbion 13. Aufl., A § 9 Nr. 5 Rdnr. 81 u. 83).

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragsgegnerin hat daher die Kosten in voller Höhe zu tragen.

Die Höhe der Kosten beläuft sich hier auf DM, § 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Kosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von DM (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von..... DM (§ 128 GWB i. V. m. § 10 VwKostG).

Zur Kostenentscheidung hatte die Vergabekammer die Grundtabelle zur gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern des Landes Sachsen-Anhalts zu berücksichtigen.

Danach wäre eine Grundgebühr von 5.000,00 DM fällig gewesen.

Die Höhe der Gebühren wurde infolge des geringen Aufwandes auf DM reduziert.

Der Betrag ist mit Eintritt der Rechtskraft fällig. Die Zahlung hat auf das Konto bei der Landeszentralbank -LZB-Dessau, BLZ 805 000 00 unter Verwendung des Kassenzzeichens 3301- zu erfolgen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB . Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Thomas

gez. Katzsch

gez. Hoppe