



SACHSEN-ANHALT

LANDESV ERWALTUNGSAMT

2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

AZ: 2 VK LSA 25/13

Halle, 16.04.2014

§ 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB i.V.m. § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 1 SektVO vom 23.09.2009 (BGBl. I S. 3110) i.V.m. der Verordnung (EU) Nr. 125/2011 der Kommission vom 30.11.2011

§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB

§ 7 Abs. 3 Nr. 1d und Abs. 11 SektVO

§ 114 Abs. 1 Satz 1 GWB

§ 97 Abs. 7 GWB

- Ermittlung EU-Schwellenwert nach Sektorenverordnung
- Nichtabhilfenachricht ohne ausreichenden Hinweis für die Frist
- Verstoß gegen Wettbewerbsgrundsatz, da keine Zulassung von gleichwertigen Produkten

Der Gesamtwert dieser Baumaßnahme überschreitet die EU-Schwellenwerte gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB i.V.m. § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 1 SektVO vom 23.09.2009 (BGBl. I S. 3110) i.V.m. der Verordnung (EU) Nr. 125/2011 der Kommission vom 30.11.2011. Es ist in diesem Zusammenhang jedoch von Bedeutung, dass der Wortlaut des § 2 Abs. 5 SektVO weiter gefasst ist, als die damit korrespondierenden Bestimmungen der Vergabeverordnung (VgV). Während bei Bauleistungen neben dem Auftragswert für Bauaufträge lediglich die geschätzten Werte von Lieferungen zu berücksichtigen sind, wird nach § 2 Abs. 5 SektVO darüber hinaus der Wert von Dienstleistungen, die für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind, mit eingerechnet. Hierbei ist nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht maßgeblich, ob die Antragsgegnerin diese Leistungen selbst erbringt oder sich von Dritten beschafft und dann anschließend an die Auftragnehmer weitergibt.

Die Nichtabhilfenachricht zu ihrer Rüge ist der Antragstellerin am 04.12.2013 zugegangen. Diese Nachricht hat aber die Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB nicht in Gang gesetzt, weil es an einem ausreichenden Hinweis für die Frist fehlt. Damit kann der Antragstellerin eine etwaige Fristversäumnis nicht zur Last gelegt werden.

Die Antragsgegnerin hat es in ihrer Leistungsbeschreibung unterlassen, gleichwertige Produkte zuzulassen. Hierdurch hat sie gegen § 7 Abs. 3 Nr. 1d SektVO sowie § 7 Abs. 11 SektVO verstoßen. Damit sind Rechte der Antragstellerin gemäß § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB verletzt.

Die Antragstellerin hat daher gemäß § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren ab Erstellung der Vergabeunterlagen wiederholt.

In dem Nachprüfungsverfahren der
.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte
.....

gegen die

.....

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigter
.....

.....

- Beigeladene -

wegen

der Vergabe zur Lieferung von Gleisoberbaumaterial und Zubehör als Bestandteil der Baumaßnahme hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat, den hauptamtlichen Beisitzer Herrn und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn beschlossen:

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Vergabeverfahren ab Erstellung der Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldnerinnen jeweils zur Hälfte zu tragen.

Die Gesamtkosten werden auf Euro zuzüglich Euro für Auslagen festgesetzt. Für die im Rahmen der Akteneinsicht angefallenen Kopierkosten hat die Antragstellerin Euro zu entrichten.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war für die Antragstellerin notwendig.

I.

Die Antragsgegnerin veranlasste eine Ausschreibung für die Lieferung von Gleisoberbaumaterial und Zubehör als Bestandteil der Baumaßnahme Sie wählte für die Lieferleistungen das Offene Verfahren nach VOL/A-EG.

Die Antragsgegnerin versandte als Sektorenauftraggeber am die Bekanntmachung zur Vergabe dieser Dienstleistung zur Veröffentlichung an das Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union.

Darin hat sie unter II.1.5 kurz beschrieben, dass Gegenstand der beabsichtigten Vergabe die Lieferung eines kompletten Gleisdreiecks aus Rillenschienen für die Spur 1000 mm sei.

Dazu gehörten auch entsprechende Weichen und Kreuzungen sowie Zwischenschienen, Spurstangen, Stellvorrichtungen und anderes elektrisches und mechanisches Zubehör.

Unter II.1.8 und II.1.9 wird vermerkt, dass eine Aufteilung in Lose nicht vorgesehen und Varianten/Alternativangebote nicht zulässig seien.

In II.2.1 werden als Bestandteil der Gesamtmenge u.a. 760 m Rillenschienen des Profils 60R2/59R2 angegeben.

Als Zuschlagskriterium wird der niedrigste Preis angegeben.

Schlusstermin für die Anforderung oder Einsicht in Unterlagen ist der 09.12.2013.
Schlusstermin für den Eingang bzw. Öffnung der Angebote ist der,
Uhr.

In VI.4.1 werden als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren/ Rechtsbehelfsverfahren die Vergabekammern beim Landesverwaltungsamt angegeben.

Die Vergabeunterlagen für das Los Lieferleistung Gleisoberbaumaterial einschließlich Zubehör enthalten u.a. eine VOL-Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (631 EU) mit den entsprechenden Formblättern aus dem Vergabehandbuch Bund Ausgabe 2008 – Stand August 2012.

Die Leistungsbeschreibung enthält 3 Vorbemerkungen.

Vorbemerkung 2 führt an, dass die Bereitstellung der Gleisanlagen in 3 Teillieferungen erfolgen soll.

Vorbemerkung 3 führt an, dass die Herstellung der Schienen nach VDV-Oberbaurichtlinie 13.1 Stand Dezember 1995 mit einem Prüfzeugnis nach DIN EN 10204/3.1 erfolgen soll.

Die Herstellung der Schienen hat nach VDV-Oberbaurichtlinie 14, Stand August 2009 mit einem Prüfzeugnis nach DIN EN 10204/3.1 zu erfolgen.

Weiterhin zu beachten sind u.a. die DIN EN 13232 Bahnanwendungen-Oberbau-Weichen und Kreuzungen und DIN EN 14811 Bahnanwendungen-Oberbau-Spezialschienen-Rillenschienen.

Die Ordnungszahl 001.01.03 (Schienen) gibt vor, dass verschiedene Positionen von werksneuen geraden und gebogenen Rillenschienen der Profile 60R2 und 59R2 nach VDVOR8.1/OR13.1 zur Lieferung anzubieten sind.

Diese sollen der DIN EN 14811 entsprechen und aus der Stahlsorte gewalzt sein. Es wird 1. Wahl, mit Zeugnis nach DIN EN 10204/3.1, verlangt.

Für die Zwischenschienen der Abzweige und die Anschlussschienen der Weichenanlagen sind dieselben Vorgaben enthalten.

Bis zum Schlusstermin haben 4 Bieter die Vergabeunterlagen angefordert und erhalten, darunter auch die Antragstellerin und die Beigeladene.

Am 02.12.2013 sendete die Antragstellerin eine Anfrage zur Ausschreibung an die Antragsgegnerin.

Sie bemängelte, dass diese eine Schiene mit der Werkstoffgüte ausgeschrieben habe, die ausschließlich von der hergestellt würde.

Diese habe der Antragstellerin kein Lieferangebot unterbreitet, bzw. wären in anderen Fällen bis zu einhundertprozentig überhöhte Angebote vorgekommen.

Sie unterbereitete gegenüber der Antragsgegnerin den Vorwurf mangelnder Gleichbehandlung und Wettbewerbsverzerrung. Diese habe mit der Ausschreibung eines patent- und monopolgeschützten Materials und ohne Zulassung von gleichwertigen Materialien vergaberechtlich nicht korrekt gehandelt.

Sie bat um Aufnahme der Schienengüte als Alternative in die Ausschreibung.

Als Anlage fügte sie eine Dokumentation „Betriebs- und Instandhaltungserfahrungen mit dem Schienenstahl und“ bei (Folien 1-50) bei. Diese wäre im Mai 2013 im Auftrag von GmbH erstellt worden. Verfasser sei Herr

Am 04.12.2013 nahm die Antragsgegnerin Stellung zum Schreiben der Antragstellerin vom 02.12.2013.

Sie erklärte darin, dass sie in den Vergabeunterlagen keine Alternativen zugelassen habe. Die von der Antragstellerin angebotene Schienengüte wäre unabhängig davon nicht in einer DIN reglementiert und nicht gleichwertig. Ein Nachweis der Gleichwertigkeit wäre auch nicht erbracht worden.

Am 09.12.2013 brachte die Antragstellerin eine erneute Rüge vor. Dieses Rügeschreiben lag dem Angebot im verschlossenen Umschlag bei.

Sie rügte, dass die Vorgaben der Leistungsbeschreibung vergaberechtswidrig seien, da unter der Angabe der Stahlsorte der Zusatz „oder gleichwertig“ fehle. Ihr wäre dadurch die Möglichkeit genommen worden, gemäß § 8 Abs. 3 VOL/A-EG mit geeigneten Mitteln, z.B. einer technischen Beschreibung des Herstellers oder einem Prüfbericht, die Gleichwertigkeit nachzuweisen.

Sie stellt dar, dass auch von nationaler Normierung oder Zulassung nicht erfasste Produkte nicht abgelehnt werden könnten, soweit sie objektiv den konkreten individuellen Leistungsanforderungen entsprächen (hier DIN EN 14811 oder DIN EN 13674-1).

Der von ihr beigelegte Nachweis würde die Gleichwertigkeit belegen. Die Antragsgegnerin wäre gehalten, das Gegenteil nachzuweisen.

Das Angebot der Antragstellerin enthält die Schienenstahlsorte

Neben der Antragstellerin hatten die Beigeladene und ein weiteres Unternehmen Angebote abgegeben. Diese haben die ausgeschriebene Stahlsorte angeboten.

Am 20.12.2013 erhielt die Antragstellerin das Informationsschreiben der Antragsgegnerin nach § 101 a GWB. Sie bekam die Mitteilung, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt würde. Die Antragsgegnerin beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Als Begründung führte sie an, dass wegen des Angebots einer anderen Schienengüte als ausgeschrieben, der Tatbestand der Vornahme von Änderungen der Vergabeunterlagen erfüllt wäre.

Die Antragsgegnerin hatte zusätzlich in ihrer Vergabedokumentation ausgeführt, dass die Antragstellerin die Gleichwertigkeit der von ihr angebotenen Stahlsorte nicht nachgewiesen habe.

Am 30.12.2013 rügten die Bevollmächtigten der Antragstellerin nach Eingang des Informationsschreibens der Antragsgegnerin vom 20.12.2013 und unter Verweis auf die vorangegangenen Schreiben, dass der Angebotsausschluss vergaberechtswidrig wäre. Im Zusammenhang mit der unter Verweis auf die europäische Norm DIN-EN 14811 geforderten Stahlsorte hätte der Zusatz „oder gleichwertig“ zwingend aufgenommen werden müssen.

Des Weiteren wurde gerügt, dass die Antragsgegnerin den Tag der Absendung der Vorinformation rechtsschutzverkürzend über die Weihnachtsfeiertage gewählt habe.

Sie stellte am selben Tag (30.12.2013) den angekündigten Nachprüfungsantrag.

Im Wesentlichen wurden darin die streitbefangenen Gegenstände aus den Rügen wiedergegeben.

Sie bezieht sich auf die LV-Positionen 01.03.010, 020, 030 in denen ausschließlich eine Zulassung für Schienen der Stahlsorte nach DIN EN 14811 enthalten sei, die gemäß Kenntnis der Antragstellerin ausschließlich durch die hergestellt würde.

Die Antragstellerin habe mit der Schienengüte (Walzbetrieb und Lieferer: mbH) ein gleichwertiges Angebot abgegeben. Für diesen Stahl habe sie einen Gleichwertigkeitsnachweis durch eine Sachverständigenerklärung eines Spezialisten für Stahlsorten und Schienen erbracht.

Sie habe insbesondere nachgewiesen, dass sie damit ein hochqualitatives Schienenprodukt bezüglich Schweißbarkeit, Liegedauer, Verschleißverhalten und Instandhaltung angeboten habe. Es entspräche objektiv den konkret individuellen Leistungsanforderungen, sei aber lediglich formell nicht berücksichtigt worden.

Sie begründet ihren Antrag damit, dass gem. § 8 Abs. 2 VOL/A bei Bezug auf europäische Normen, hier die DIN EN 14811, der Zusatz „oder gleichwertig“ immer aufzunehmen sei. Auch wenn die durch die Antragstellerin angebotene Schiene keine nach nationaler Normierung oder Zulassung erfasste technische Lösung und nicht unter bestehenden Spezifikationen bzw. Normen reglementiert sei, müsse der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt und der Wettbewerb geöffnet bleiben.

Die Antragsgegnerin verletze die gebotene Produktoffenheit, indem sie keine alternativen Stahlsorten mit Gleichwertigkeitsnachweis zugelassen habe.

Sie favorisiere die Beigeladene im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit bei anderen Aufträgen.

In Ergebnis ihrer Akteneinsicht nahm die Antragstellerin am 19.03.2014 Stellung zur aufgeworfenen Frage der Zulässigkeit. Sie zog Rückschlüsse, dass die Schwellenwerte für eine europaweite Ausschreibung des Lieferauftrags überschritten seien.

Sie lehnt die Auffassung der Antragsgegnerin ab, wonach es von entscheidender Bedeutung sei, dass die Gleichwertigkeit der von der Antragstellerin angebotenen Stahlsorte nicht von einer „anerkannten Prüfstelle“ nachgewiesen worden sei. Sie gibt an, dass auch andere geeignete Mittel zum Gleichwertigkeitsnachweis, wie beispielsweise eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle bei einer Leistungsbeschreibung in Form von Leistungs- und Funktionsanforderungen gemäß § 8 Abs. 3 VOL/A EG möglich seien.

Sie führte diese Argumentation fort, indem sie in umfangreicher Form Vergleichswerte der streitbefangenen Schienen und anderer ähnlicher Stahlsorten angab.

Die Antragsgegnerin habe eine Produktfestlegung getroffen, ohne das in der Vergabeakte als Vergabevermerk begründet und dokumentiert zu haben. Dies sei gemäß § 8 Abs. 7 Satz 1 VOL/A EG unter Berücksichtigung dessen, dass es sich um eine ganz ausnahmsweise Festlegung handeln würde, erforderlich gewesen.

Die Antragsgegnerin habe auch nicht dargestellt, in Bezug auf welche speziellen Eigenschaften und konkreten Leistungsmerkmale eine alternativ anzubietende Stahlsorte gleichwertig sein soll. Dies begründe sich dadurch, dass die Antragsgegnerin von vornherein nicht vorgehabt hätte, andere Produkte zuzulassen. Insoweit sei die Leistungsbeschreibung auch nicht eindeutig abgefasst gewesen. Außer der Angabe der „Schienen-DIN“ und der Stahlsorte (.....) sowie besonderer Längen und Lochungen wären keine besonderen Eigenschaften benannt worden.

Die Ablehnung der Antragsgegnerin bezüglich eines nicht ausreichenden Gleichwertigkeitsnachweises wäre auch nicht korrekt, da durch diese keine Gleichwertigkeitseigenschaften bekannt gegeben wurden.

Die Antragstellerin hält es für erforderlich, das Vergabeverfahren in den Stand der Angebotsabgabe zurückzusetzen, um eine vergaberechtlich korrekte Leistungsbeschreibung aufzustellen, auf deren Grundlage alle Bieter ein Angebot mit konkreten Gleichwertigkeitseigenschaften abgeben könnten.

Sie führt an, dass die Antragsgegnerin ebenso wie die Beigeladene bezüglich der streitbefangenen Gleichwertigkeitsproblematik der betreffenden Rillenschienen-Stahlsorten kleinste Unterschiede zwischen den beiden Stahlsorten heranziehe und diese als grundlegend darstelle. Mithilfe einer solchen technischen Detailargumentation versuche sie eine Ungleichwertigkeit der Stahlsorte der Antragstellerin zu begründen.

Am Beispiel der Entscheidung des OLG Düsseldorf „Putzaufbau“ weist sie daraufhin, dass eine Gleichwertigkeit keine völlige Gleichheit bedeute. Es sei keine völlige Identität in allen Beschaffungsmerkmalen vorauszusetzen, da es immer Unterschiede in technischen Messwerten gäbe.

Sie habe sich auch auf keine maßgebenden Gleichwertigkeitseigenschaften einstellen können, weil derartige von der Antragsgegnerin nicht bekanntgegeben worden seien. Solche Anforderungen an eine Gleichwertigkeit, die eine völlige Identität mit einem Material verlangten, wären vergaberechtswidrig, da die Ausschreibung dann nur auf das ausgeschriebene Produkt ziele.

Nach Kenntnisnahme der Feststellung der Vergabekammer, dass die Antragsgegnerin offensichtlich eine Konzerngesellschaft der Beigeladenen mit gleisbautechnischen Untersuchungen des beauftragt hatte, rügt sie dieses als wettbewerbsverzerrend wegen der Möglichkeit, dass die Beigeladene dadurch Informationsvorsprünge erlangt haben könnte und evtl. an der Vorgabe der ausschließlich ausgeschriebenen Stahlsorte beteiligt gewesen wäre.

Die Antragstellerin beantragt:

- ihr Angebot in der Wertung zu belassen,
- die Aufnahme des Zusatzes „oder gleichwertig“ in die Leistungsbeschreibung,
- hilfsweise das Vergabeverfahren aufheben zu lassen.

Die Antragsgegnerin beantragt:

- den Nachprüfungsantrag als unzulässig und unbegründet zurückzuweisen.

Sie meint zunächst, dass der Schwellenwert gemäß § 100 Abs. 1 GWB nicht erreicht sei. Die Vergabekammer sei daher sachlich nicht zuständig, über den Nachprüfungsantrag zu befinden. Bei der Berechnung des Auftragswertes seien Planungsleistungen nicht einzubeziehen. Baunebenkosten seien bei der Schätzung des Auftragswertes nicht mit hinzuzurechnen. Dies entspreche auch in Bezug auf § 2 Abs. 5 SektVO der einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur.

Der Nachprüfungsantrag wäre weiterhin mangels rechtzeitiger Rüge unzulässig. Die Antragstellerin sei den Rügeerfordernissen nicht nachgekommen.

Insbesondere habe sie die 15-Tage-Frist zur Beantragung eines Nachprüfungsantrages gemäß § 107 Abs. 3 S.1 Nr. 4 GWB nicht eingehalten.

Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin am 04.12.2013 mitgeteilt, dass sie ihrer Rüge vom 02.12.2013 nicht abhelfen wolle. Die 15-Tagefrist habe am 18.12.2013 geendet. Der Nachprüfungsantrag habe aber erst vom 30.12.2013 gestammt.

In diesem Zusammenhang wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass das Schreiben vom 02.12.2013 die Anforderungen an eine Rüge erfülle.

Die Rüge, die im Angebotsbegleitschreiben der Antragstellerin vom 09.12.2013 beinhaltet gewesen sei, wäre verfristet, da diese im verschlossenen Umschlag bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 10.12.2013 unter Verschluss zu halten war. Die Antragsgegnerin habe auf diese Weise innerhalb der Angebotsfrist keine Kenntnis darüber erlangen können.

Der Nachprüfungsantrag wäre auch unbegründet. Es fehle an der Gleichwertigkeit der angebotenen Schienen der Stahlsorte

Die Antragsgegnerin habe gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOL/A EG die technischen Anforderungen im Leistungsverzeichnis in Form von Leistungs- und Funktionsanforderungen beschrieben. Auf dieser Grundlage sei sie nicht verpflichtet gewesen, den Zusatz „oder gleichwertig“ gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOL/A EG zu verwenden, da sie keine Bezugnahme auf eine technische Spezifikation vorgenommen habe.

Die Vorgabe der Stahlsorte sei eine konkrete Leistungs- und Funktionsanforderung eines Parameters und keine bloße Bezugnahme auf eine technische Spezifikation. Es wären die konkreten technischen Eigenschaften für diese Ausschreibung aus objektivem Anlass und bezogen auf die auftragsbezogenen Gegebenheiten der Spezifik dieser Verkehrsanlage beschrieben worden.

Die Öffnung für etwaige Alternativen sei dadurch nicht zugelassen. Es wäre das Recht einer Vergabestelle, die Eigenschaften und Beschaffungsmerkmale der Leistung festzulegen.

Sie führt dazu zwei Entscheidungen an, die aus ihrer Sicht in zutreffender Weise ebenfalls Eigenschaftsfestlegungen der Vergabestellen beinhalten (VK Bund v. 21.01.2011 Az VK 2-146/10 Türdrückerlieferung, VK Sachsen v. 17.08.2012 – 1/SVK7021-12 Brettstapelholz).

Bezüglich der von der Antragstellerin übergebenen Dokumentation, die nach deren Darstellung ein Gleichwertigkeitsnachweis sein soll, bemängelt sie, dass diese solchen Anforderungen nicht gerecht werden würde.

Es handele sich nicht um den Prüfbericht einer anerkannten Stelle und auch nicht um eine aussagekräftige technische Beschreibung des Herstellers. Vielmehr würde als Autor lediglich auf einen Namen und den Wohnort des Verfassers hingewiesen. Es fehle u.a. eine Gegenüberstellung der Anforderungen des Leistungsverzeichnisses und der Eigenschaften des Leitfabrikats mit den Eigenschaften des Alternativfabrikats.

Die Gleichwertigkeit wäre für die Antragsgegnerin auf dieser Grundlage nur sehr eingeschränkt überprüfbar.

Im Übrigen meint die Antragsgegnerin, dass die Stahlsorte auch objektiv nicht gleichwertig zur Stahlsorte in Bezug auf die gegenständliche Ausschreibung sei.

Entgegen der Angabe der Antragstellerin seien auch andere Unternehmen in der Lage, das ausgeschriebene Schienenmaterial zu liefern. Insbesondere käme es ihr auf die Eigenschaft der „Kopfhärtung“ der Schienen an.

Am 03.03.2014 verfügte die Vergabekammer die Beiladung der GmbH.

Die Beigeladene beantragt:

- den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Sie meint, dass die Antragstellerin nicht ihrer Rügeobliegenheit pflichtgemäß nachgekommen sei.

Die Antragstellerin habe sich zur Einreichung von Angeboten in der Lage gesehen. Daher müsse sie davon ausgegangen sein, dass die Antragsgegnerin die Gleichwertigkeit des angebotenen Stahls prüfe. Sollte die Vergabekammer die Antragsgegnerin zu einer teilweisen Wiederholung des Vergabeverfahrens verpflichten, handele es sich um bloßen Formalismus.

Sie weist die Angaben der Antragstellerin zurück, wonach die naturharte Rillenschienen-Stahlsorte gleichwertig mit der wärmebehandelten kopfgehärtete Rillenschienen-Stahlsorte sei.

Die Beigeladene vertiefte ihre Argumentation weiter.

Die Ausführungen des Herrn zum, hätten soweit diese ihr zur Verfügung stünden, keinen Bezug zur Stahlsorte Der geführte Gleichwertigkeitsnachweis wäre somit völlig unsubstantiiert.

Die Beigeladene führt in ihrem Schreiben Unterschiede an, die aus ihrer Sicht die fehlende Gleichwertigkeit beider Stahlsorten begründen.

So würden die verschiedenen technologischen Herstellungswege zu völlig verschiedenen Produkteigenschaften führen. Bei dem würde es sich um eine naturharte-legierte Stahlsorte handeln; dagegen sei ein unlegierter wärmebehandelter Stahl.

Bezüglich der Festigkeit und der Härte würde die nach DIN 14811 eine deutlich höhere Mindestzugfestigkeit und Mindesthärte aufweisen.

Ebenso würde die im Vergleich zur einen deutlich höheren Verschleißwiderstand haben, der zu einer längeren Liegedauer der Schienen führe.

Aufgrund eines geringeren Kohlenstoffäquivalents sei eine bessere Schweißseignung gegeben, die bessere metallurgische Voraussetzungen für die Ausführung von Aufschweißungen biete.

Insbesondere Unterschiede im Verschleißverhalten und in der Aufschweißseignung seien für die Bewertung wesentlich.

Sie macht schließlich geltend, dass sie durch einen Vorauftrag an ein konzernverbundenes Unternehmen keine Informationsvorsprünge besessen habe.

Die Vergabekammer hatte am 17.02.2014 eine Kostenschätzung für die Gesamtbaumaßnahme und anschließend weitere Unterlagen von der Antragsgegnerin abgefordert. Die Aufstellung der Kostenpositionen enthält u.a. einen Auftrag über „Gleisbautechnische Untersuchungen“ des Dieser wurde offensichtlich an dieGmbH, einer Konzerngesellschaft der Beigeladenen, vergeben. Diese Konzerngesellschaft hat ein Leistungsprogramm, das u.a. die Entwicklung, ingenieurtechnische Beratung und Produktion von Weichenanlagen, u.a. mit Rillenschienen enthält.

Nach Einsichtnahme in den Planungsauftrag der Antragsgegnerin an die GmbH konnte die Vergabekammer feststellen, dass dieser der Überprüfung der Forderungen aus den BOStrab-Trassenrichtlinien zum Nachweis der sicheren Befahrbarkeit des dient. Die Ergebnisse haben zur Zustimmung der technischen Aufsichtsbehörde für diese Baumaßnahme geführt. Es wurden offensichtlich keine Materialempfehlungen oder andere die Erarbeitung der Leistungsverzeichnisse beeinflussende Angaben getätigt.

Die Antragsgegnerin hatte am 19.03.2014 beantragt, ihr gemäß § 115 Abs. 2 GWB vorzeitig zu gestatten, den Zuschlag zu erteilen. Diesen Antrag hatte die Vergabekammer mit Beschluss vom 27.03.2014 (Az.: 2 VK LSA 04/14) zurückgewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf diesen Beschluss Bezug genommen.

Der Vorsitzende der Vergabekammer hat die Entscheidungsfrist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis zum 17.04.2014 verlängert. Der Antragstellerin wurde mit Beschluss vom 13.03.2014 auf ihren Antrag teilweise Akteneinsicht gewährt.

Mit Zustimmung aller Beteiligten wurde gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 erste Alternative GWB auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer verzichtet.

In Bezug auf die weiteren Einzelheiten wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die Vergabeakte der Antragsgegnerin und die Verfahrensakte der Vergabekammer Bezug genommen.

II.

1. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig.

1.1 Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) veröffentlicht im BGBl. I, 1998, Nr. 59, S. 2568 ff., neugefasst durch Bekanntmachung vom 15.07.2005, BGBl. I, 2005, Nr. 44, S. 2114 ff., zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.06.2013, BGBl. I, 2013, Nr. 32, S. 1750, i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., zuletzt geändert durch RdErl. des MW vom 08.12.2003 – 42-32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 57/2003, S. 942) i.V.m. d. gem. Geschäftsordnung d. VgK (Bek. des MW vom 17.04.2013 – 41-32570-17, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 14/2013) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist gemäß § 98 Abs. 4 GWB öffentliche Auftraggeberin.

Die vorgezogene Lieferung des Oberbaumaterials steht in funktionalem Zusammenhang mit der Maßnahme Um- und Ausbau inkl. Erneuerung der Verkehrsanlage.

Der Gesamtwert dieser Baumaßnahme überschreitet die EU-Schwellenwerte in Höhe von 5,0 Mio Euro gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB i.V.m. § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 1 der Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) vom 23.09.2009 (BGBl. I S. 3110) i.V.m. der Verordnung (EU) Nr. 125/2011 der Kommission vom 30.11.2011. Hierbei sind nach § 2 Abs. 5 SektVO neben dem Auftragswert der geschätzte Wert aller Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen, die für die Ausführung der Bauleistung erforderlich sind und vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Aus der vorliegenden Kostenschätzung einschließlich der durch die Vergabekammer nachgeforderten Unterlagen ergibt sich, dass der geschätzte Wert der Baumaßnahme einschließlich der Gesamtheit aller Planungsleistungen durchaus deutlich über dem o.g. Schwellenwert liegt. Bei den Planungsleistungen handelt es sich auch um Dienstleistungen, die für die Realisierung der Bauleistung im Sinne des § 2 Abs. 5 SektVO notwendig sind. Diese werden auch von der Antragsgegnerin den Auftragnehmern der Bau- und Lieferleistungen zur Verfügung gestellt. Hierbei ist nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht maßgeblich, ob die Antragsgegnerin diese Leistungen selbst erbringt oder sich von Dritten beschafft und dann anschließend an die Auftragnehmer weitergibt. Aus dem Wortlaut dieser Norm ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung.

Soweit die Antragsgegnerin meint, dass diese Auslegung in der von ihr zitierten Rechtsprechung keine Stütze findet, ist zu berücksichtigen, dass sich diese auf die zum Zeitpunkt der Entscheidungen geltende Vergabeverordnung bezog. Es ist in diesem Zusammenhang jedoch von Bedeutung, dass der Wortlaut des § 2 Abs. 5 SektVO weiter gefasst ist, als die damit korrespondierenden Bestimmungen der Vergabeverordnung. Während bei Bauleistungen neben dem Auftragswert für Bauaufträge lediglich die geschätzten Werte von Lieferungen zu berücksichtigen sind (vgl. § 3 Abs. 7 VgV alte Fassung, § 3 Abs. 5 aktuelle Fassung Siebte Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15.10.2013 BGBl. I S. 3854 v. 25.10.2013.), wird nach § 2 abs. 5 SektVO darüber hinaus der Wert von Dienstleistungen, die für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind, mit eingerechnet. Dies ist somit bei der Bemessung des Auftragswertes von eigener Bedeutung (vgl. Ziekow/Völlink Vergaberecht München 2011 § 4 VgV Rd. 28).

Auch aus der Vorschrift des § 99 Abs. 3 Satz 1 GWB ergibt sich nichts anderes. Diese Norm trifft keine Regelung über die Bemessung des Auftragswertes.

Auch die Antragsgegnerin selbst ging davon aus, dass für diese Maßnahme die EU-Schwellenwerte überschritten werden. Sie hat die Leistungen europaweit ausgeschrieben. Es kann in diesem Zusammenhang offen bleiben, ob die Kosten der Einzelvorhaben des-Programms in ihrer Gesamtheit bei der Schätzung des Auftragswertes zu Grunde zu legen sind. Hierfür könnte sprechen, dass alle Einzelvorhaben der-Erneuerung möglicherweise funktional aufeinander bezogen und technisch, wirtschaftlich und zeitlich eng verknüpft sind. Darauf hatte die Antragsgegnerin in ihrem Vorbringen zum Antrag nach § 115 Abs. 2 GWB in allgemeiner Form selbst hingewiesen.

1.2. Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist weiterhin antragsbefugt, da sie durch Teilnahme an dem von der Antragsgegnerin durchgeführten Offenen Verfahren ein Interesse am betreffenden Auftrag hat, eine Rechtsverletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht (§ 107 Abs. 2, Satz 1 GWB) und hinreichend darlegt, dass ihr durch die Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe (§ 107 Abs. 2, Satz 2 GWB).

1.3. Rügeobliegenheit

Der Nachprüfungsantrag ist weiterhin nicht gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB unzulässig. Danach sind Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber zu rügen. Die Antragsgegnerin hat zutreffend darauf hingewiesen, dass das Schreiben der Antragstellerin vom 02.12.2013 eine Rüge in diesem Sinne darstellt. Sie hat klar zum Ausdruck gebracht, dass es ihr nicht möglich sei, aufgrund der Vorgaben in den Vergabeunterlagen ein wettbewerbsfähiges Angebot zu erstellen. Sie hat weiterhin eingefordert, dass zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Schienengüte zuzulassen sei. Schließlich hat sie geltend gemacht, dass die Ausschreibung ohne die Einräumung gleichwertiger Alternativen vergaberechtswidrig wäre. Damit hat sie hinreichend klar Vergaberechtsverstöße gegenüber der Antragsgegnerin beanstandet. Sie hat damit auch bereits in diesem Schreiben dem Grunde nach geltend gemacht, dass die Vorgabe einer bestimmten Schienengüte mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen sei.

Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB verspätet wäre. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob das Schreiben der Antragstellerin vom 09.12.2013, das dem Angebot beigefügt war, ebenfalls als wirksame Rüge anzusehen ist.

Anders als die Antragsgegnerin meint, ist der Nachprüfungsantrag auch nicht gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB präkludiert.

Nach dieser Vorschrift ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Die Nichtabhilfenachricht ist der Antragstellerin am 04.12.2013 zugegangen. Diese Nachricht hat aber die Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB nicht in Gang gesetzt, weil es an einem ausreichenden Hinweis für die Frist fehlt. Nach § 16 Abs. 1 SektVO in Verbindung mit Anhang XIII A Ziff. 20 ist der Auftraggeber verpflichtet, genaue Angaben zu den Bietern zu beachtenden Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen zu machen oder eine Stelle zu benennen, bei der Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erhältlich sind.

Angesichts des Wortlauts dieser Vorgaben ist die Frist nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB als Rechtsbehelfsfrist anzusehen, die nur zu laufen beginnt, wenn in der europaweiten Ausschreibung die vorgenannten Hinweise erteilt worden sind (OLG Brandenburg v. 13.09.2011–Verg W 10/11 S. 10). Dies hat die Antragsgegnerin jedoch

unterlassen. Damit kann der Antragstellerin eine etwaige Fristversäumnis nicht zur Last gelegt werden.

Soweit sich die Antragstellerin weiterhin gegen den Ausschluss ihres Angebots wendet, ist ihre Rüge ebenfalls nicht verfristet. Sie wurde am 20.12.2013 hierüber informiert. Angesichts der Tatsache, dass zwischenzeitlich die Weihnachtsfeiertage lagen, ist die Rüge vom 30.12.2013 als unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB anzusehen.

2. Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Antragsgegnerin hatte die Stahlsorte, 1. Wahl, gem. DIN EN 14811 in ihrer Leistungsbeschreibung vorgegeben. Sie hat es dabei unterlassen, gleichwertige Produkte zuzulassen. Hierdurch hat sie gegen § 7 Abs. 3 Nr. 1d SektVO sowie § 7 Abs.11 SektVO verstoßen. Hierdurch sind Rechte der Antragstellerin gemäß § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB verletzt.

Die Antragstellerin hat daher gemäß § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren ab Erstellung der Vergabeunterlagen wiederholt. In diesem Fall hat die Antragstellerin die Möglichkeit, ein aussichtsreiches Angebot abzugeben.

Hierzu im Einzelnen:

Anders als die Antragsgegnerin meint, handelt es sich bei ihren Vorgaben (hauptsächlich OZ 001.01.03 der Leistungsbeschreibung) hinsichtlich der von den Bietern zu verwendenden Stahlsorte um eine Bezugnahme auf eine technische Spezifikation im Sinne des § 7 Abs. 3 Nr. 1 SektVO. Die Antragsgegnerin wäre daher nach dem Wortlaut dieser Vorschrift gehalten gewesen, hierbei den Zusatz „oder gleichwertig“ in die Beschreibung dieser Leistungspositionen aufzunehmen. Gemäß Anhang 2 sind technische Spezifikationen sämtliche, insbesondere in Vergabeunterlagen enthaltene technische Anforderungen an ein Material, das Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe Material, das Erzeugnis oder die Lieferung so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen.

Die von der Antragsgegnerin in Verbindung mit der vorgegebene Stahlsorte angeführten DIN EN-Vorschriften sind vor diesem Hintergrund als internationale Normen im Sinne des § 7 Abs. 3 Nr. 1d SektVO anzusehen.

Abweichend von der Auffassung der Antragsgegnerin stellen diese Angaben keine Leistungs- und Funktionsanforderungen im Sinne des § 7 Abs.3 Nr. 2 SektVO dar. Dann hätte die Leistungsbeschreibung zwar die Funktion der geforderten Produkte beschrieben, den Bietern jedoch einen zusätzlichen Spielraum bei der Gestaltung ihrer Angebote lassen müssen.

Hier hatte die Antragsgegnerin das Produkt entsprechend der DIN jedoch genau bis ins Einzelne vorgegeben. Davon abweichende Produkte waren von vornherein nicht zugelassen.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist der Wortlaut der Vorschrift des § 7 Abs. 3 Nr. 1 SektVO auch nicht teleologisch zu reduzieren. Die Vergabekammer schließt sich in diesem Zusammenhang nicht der von der Antragsgegnerin zitierten Rechtsprechung (VK Bund v. 21.01.2011 – VK 2-146/10, VK Sachsen v. 17.08.2012 1/SVK/021-2) an. Danach habe die Vorschrift nur den Sinn, zu vermeiden, dass die von einer nationalen Normierung oder Zulassung nicht erfassten technischen Lösungen mit der Begründung ausgeschlossen werden, sie ließen sich nicht unter bestehende Spezifikationen fassen. Die Zielsetzung der Vorschrift sei lediglich in der Austauschbarkeit der unterschiedlichen nationalen Normierungen, Maßeinheiten, etc. zu sehen. Dies gelte insbesondere in Fällen, in denen bestimmte Produkte noch nicht im Sinn der o.g. genannten Vorschrift Zertifizierungen aufwiesen, möglicherweise aber nach ausländischen Regelwerken über diese verfügten.

Für diese Interpretation ergeben sich aus dem Wortlaut der Vorschrift keine Anhaltspunkte. Auch aus Ziff. 29 der Erwägungsgründe der Richtlinie 2014/18/EG bzw. aus Ziff. 42 der Erwägungsgründe der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments lassen sich derartige Schlüsse nicht ziehen (so aber VK Bund a.a.O). Vielmehr ergibt sich hieraus, dass durch die Vorschriften der Wettbewerb nicht eingeengt werden soll. Auch andere technische Lösungen, als nach den Vorschriften vorgesehen, sollen nicht von vornherein ausgeschlossen werden, wenn sie gleichwertig sind.

In den Erwägungsgründen heißt es, dass es möglich sein muss, Angebote einzureichen, die die Vielfalt technischer Lösungsmöglichkeiten widerspiegeln.

Daher müssten im Fall der Bezugnahme auf eine europäische oder nationale Norm die Auftraggeber auch Angebote auf der Grundlage gleichwertiger Lösungen prüfen. Die technischen Spezifikationen sollen es erlauben, die Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb zu öffnen.

Es ist weiterhin zwar zutreffend, dass es alleinige Sache des Auftraggebers ist, den Gegenstand der Beschaffung zu bestimmen. Diese Befugnis ist jedoch nicht schrankenlos. Insbesondere ist der Wettbewerbsgrundsatz im Sinne des § 97 Abs. 1 GWB zu beachten. Sie findet in diesem Zusammenhang ihre Grenze in den Vorgaben des § 7 Abs. 3 Nr. 1 SektVO. Im Übrigen wird das Recht des Auftraggebers, festzulegen, welche Eigenschaften und Beschaffungsmerkmale die Leistung aufweisen soll, nur unwesentlich tangiert, da Produkte mit anderen technischen Parametern, als von ihm vorgegeben, gleichwertig sein müssen.

Die Regelung ist weiterhin im Zusammenhang mit § 7 Abs. 2 Satz 11 SektVO anzuwenden. Nach dieser Vorschrift dürfen Auftraggeber in technischen Anforderungen nicht auf bestimmte Produkte verweisen, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Eine solche Bezugnahme ist ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Die Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

Im vorliegenden Fall wurde nur eine Stahlsorte für Rillenschienen, die, ausgeschrieben, die nach dem Kenntnisstand der Vergabekammer ausschließlich von der AG, der Muttergesellschaft der Beigeladenen, hergestellt und geliefert wird. Hierdurch hatte die Beigeladene erhebliche Wettbewerbsvorteile. Sie hatte die Möglichkeit, durch Vorgabe entsprechender Preise bei der Lieferung des Materials an andere Bieter deren Kalkulation im vorliegenden Vergabeverfahren maßgeblich zu beeinflussen. In jedem Fall war es ihr möglich, die Preise für die betreffende Stahlsorte für Eigenzwecke günstiger zu kalkulieren.

Es kann offen bleiben, ob eine solche Bezugnahme dennoch nach der vorgenannten Vorschrift ausnahmsweise zulässig war. Die Antragsgegnerin hätte dann zwingend den o.g. Zusatz „oder gleichwertig“ aufnehmen müssen. Dies hat sie jedoch unterlassen. Damit verstoßen ihre Vorgaben auch insoweit gegen § 7 Abs. 2 Satz 11 SektVO.

Die Antragsgegnerin hat diese Mängel auch nicht etwa dadurch geheilt, in dem sie abweichend von ihren eigenen Vorgaben in Hinblick auf das von der Antragstellerin angebotene Produkt laut ihrer Vergabedokumentation eine Gleichwertigkeitsprüfung durchführte. Hierbei stand ihr ein eigener Beurteilungsspielraum zu. Dieses Ermessen hat die Antragsgegnerin nicht rechtmäßig ausgeübt.

Es ist zwar zutreffend, dass dieses Ermessen von den Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin kontrolliert werden kann, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrundegelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (vgl. Kulartz/Portz/Prieß Kommentar zur VOB/A 2010 zu § 16 Rd. 129 VOB/A). In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die Antragsgegnerin zu der Gleichwertigkeitsprüfung nach ihren eigenen Vorgaben gar nicht

befugt war. Wäre sie zu dem Ergebnis gelangt, dass die von der Antragstellerin angebotene Stahlsorte gleichwertig wäre, hätte sie das Vergabeverfahren ab Erstellung der Vergabeunterlagen wiederholen müssen, um auch anderen Bietern die Möglichkeit zu geben, entsprechende Produkte anzubieten. Dies wäre für die Antragsgegnerin mit Nachteilen auch in zeitlicher Hinsicht verbunden gewesen. Vor diesem Hintergrund war nicht gewährleistet, dass die Gleichwertigkeitsprüfung ergebnisoffen vorgenommen wurde.

Es kann weiterhin nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin ihren Gleichwertigkeitsnachweis anders ausgestaltet hätte, wenn ihr nach den Vergabeunterlagen von vornherein die Möglichkeit eröffnet gewesen wäre, entsprechende Produkte anzubieten.

3. Zu treffende Maßnahmen der Vergabekammer

Vor diesem Hintergrund ist das Vergabeverfahren ab dem Stadium zu wiederholen, in dem es fehlerhaft ist (vgl. OLG Celle 13 Verg 16/09, vom 11.02.2010).

Dies ist vorliegend die Erstellung der Vergabeunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung.

Zur Beseitigung einer Rechtsverletzung ordnet die Vergabekammer daher gemäß

§ 114 Abs. 1 Satz 1 GWB an, dass das Vergabeverfahren in diesen Stand zurückzusetzen ist. Angesichts der Tatsache, dass bei der Vorgabe technischer Spezifikationen die Zulassung gleichwertiger Produkte von außerordentlicher Bedeutung ist und die Gleichwertigkeitsprüfung der Antragsgegnerin fehlerhaft war, kann nicht davon gesprochen werden, dass es sich hierbei, wie die Beigeladene meint, um „bloßen Formalismus“ handle.

Soweit die Antragsgegnerin bei der Neuerstellung der Vergabeunterlagen weiterhin technische Anforderungen in Form von technischen Spezifikationen vorgeben will (vgl. § 7 Abs. 3 Nr. 1 SektVO), hat sie diese mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen. Hierbei hat sie aufgrund des Transparenzgebotes in der Leistungsbeschreibung klarzustellen, hinsichtlich welcher Leistungsmerkmale Gleichwertigkeit gefordert und nach welchen Parametern diese zu bestimmen sind (OLG Düsseldorf vom 09.01.2013 VII-Verg 33/12). Andernfalls ist für die Bieter nicht hinreichend deutlich erkennbar, woran sich die Vergabestelle bei der entsprechenden Prüfung der Gleichwertigkeit orientiert.

Es wird weiterhin davon abgesehen, die zahlreichen von allen Beteiligten aufgeworfenen technischen Detailfragen zur Schienenherstellung und Gütebeurteilung zu thematisieren.

Bei der Wiederholung des Vergabeverfahrens ist eine fachgerechte Prüfung der Gleichwertigkeit ohnehin Sache der Antragsgegnerin. Der Vergabekammer ist es verwehrt, anstelle der Antragsgegnerin eine derartige Prüfung vorzunehmen. Vielmehr steht der Antragsgegnerin, wie bereits erwähnt, diesbezüglich ein eigenes Ermessen zu.

Aufgrund der hier besonders ersichtlichen Spezifik der Materialgüteproblematik wird der Antragsgegnerin empfohlen, sich bei der Wertung der Angebote im Zusammenhang mit der teilweisen Wiederholung des Vergabeverfahrens des Sachverständigen eines neutralen Prüfinstitutes zu bedienen.

Schließlich hat eine Konzerngesellschaft der Beigeladenen den Auftrag für eine gleislauftechnische Untersuchung erhalten. Aus den entsprechenden Ausarbeitungen ergaben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass dadurch materialspezifische Empfehlungen für die Erarbeitung der Leistungspositionen gegeben worden sind. Die Beigeladene hatte weiterhin hierdurch keinen Informationsvorsprung, da die Ergebnisse der Untersuchung in die Planungsunterlagen, die allen Bietern zur Verfügung gestellt worden sind, eingearbeitet wurden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 und 2 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin ist mit ihrem Begehren durchgedrungen. Es ist daher angemessen, dass die Antragsgegnerin und die Beigeladene die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte tragen.

Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Grundlage des wirtschaftlichen Wertes ist insoweit die Angebotssumme der Antragstellerin.

Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer ergibt sich ein Richtwert von Euro zuzüglich der Auslagen in Höhe von Euro. Es besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen. Zwar ist der Vergabekammer durch die Erarbeitung des Beschlusses nach § 115 Abs. 2 GWB (Az.: 2 VK LSA 05/14) ein zusätzlicher Aufwand entstanden. Dies wird jedoch durch die Tatsache, dass auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet werden konnte, kompensiert.

Die durch die Antragsgegnerin zu tragenden Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer betragen Euro zuzüglich anteiliger Auslagen von Euro.

Die Einzahlung eines Betrages in Höhe von **Euro** inklusive anteiliger Auslagen von Euro hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Antragsgegnerin unter Verwendung des Kassenzeichens auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00, BIC MARKDEF1810, IBAN DE2181000000081001500 zu erfolgen.

Die durch die Beigeladene zu tragenden Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer betragen Euro inklusive anteiliger Auslagen von Euro.

Die Einzahlung eines Betrages in Höhe von **Euro** inklusive anteiliger Auslagen von Euro hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Beigeladene unter Verwendung des Kassenzeichens auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00, BIC MARKDEF1810, IBAN DE2181000000081001500 zu erfolgen.

Der Antragstellerin wird der bereits geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Euro abzüglich der im Rahmen der Akteneinsicht entsandenen Kopierkosten in Höhe von Euro nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet. Dazu wird um Angabe der Bankverbindung gebeten.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des jeweiligen Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene sind hier als Unterliegende anzusehen und haben daher diese Aufwendungen der Antragstellerin als Gesamtschuldnerinnen zu tragen.

Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG).

IV.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr, hat den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

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

gez.

gez.