



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 – 84/18

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Kostka auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 2018 am 8. Oktober 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

## Gründe:

### I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren, den die Antragsgegnerin (Ag) verfügt hat, weil die ASt in ihrem Angebot von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung abgewichen sei.

1. Die Ag schrieb mit EU-Auftragsbekanntmachung Arbeiten zur Geländeplanie, zum Anlegen von Wegen und Parkplätzen sowie Bepflanzungen auf dem Gelände einer [...] im offenen Verfahren aus. Umfasst war davon insbesondere das Anlegen einer Natursteinpflasterfläche von 2.350 m<sup>2</sup>.

Zuschlagskriterium war nach Ziff. II.2.5 der Auftragsbekanntmachung allein der Preis.

Position 01.02.0027 des Leistungsverzeichnisses schrieb für die anzulegende Natursteinpflasterfläche u.a. vor:

*„Pflasterdecke..., aus Natursteinen..., Oberfläche naturrau,...*

*Natursteinmaterial homogen, ohne sichtbare Körnung, Schichtung oder Marmorierung, ..., Farbe anthrazitgrau, Vergleichsfarbe RAL 7016...*

*Auf Verlangen AG sind vor Auftragsvergabe innerhalb von 6 Kalendertagen repräsentative Mustersteine (Grenzbemusterung)...vorzulegen. ...“*

In Position 01.02.0028 schrieb die Ag folgendes Material für Pflasterstreifen-Einfassungen vor: *„...Natursteinpflaster..., Gesteinsart Grauwacke, Farbton schwarz, ..., Material wie Natursteinpflaster der Vorposition, ...“*.

Diese Fassung der LV-Positionen 01.02.0027 bzw. 0028 übermittelte die Ag den Bietern mit Schreiben vom 2. Juli 2018 als Neufassung, nachdem sie auf eine Bieterfrage vom 28. Juni 2018, wonach das zunächst für die Position 0027 ausgeschriebene Material Grauwacke in anthrazitgrau nur eingeschränkt („nicht zu 100%“) lieferbar sei, neu gefasst hatte und – wie die mündliche Verhandlung

ergab – statt Grauwacke auf das Kriterium „*Natursteinmaterial homogen, ohne sichtbare Körnung, Schichtung oder Marmorierung*“ angestellt hatte.

Die ASt gab fristgemäß ein Angebot ab (Angebotsfrist war der 12. Juli 2018). Nach rechnerischer Prüfung gab die ASt das preisgünstigste Angebot ab (s. Blatt 314 der Vergabeakte).

Seitens der Ag wurde die ASt mit Schreiben vom 13. Juli 2018, einem Freitag, aufgefordert, repräsentative Pflastersteine für das Natursteinpflaster der Positionen 01.02.0027 und 01.02.0028 zur Grenzbemusterung innerhalb von sechs Kalendertagen bis zum 19. Juli 2018 zu übergeben.

Am 19. Juli 2018 erhielt die Ag vier Mustersteine der ASt aus hellgrauem Granit, die von einem Baustofflieferanten der ASt in deren Auftrag übermittelt worden waren. Dieser Lieferung war ein Anschreiben der Lieferantin beigelegt, in dem u.a. ausgeführt wurde, dass die übersandten Muster „*noch nicht der ausgeschriebenen Größe und Schlagung*“ entsprechen. Diese Mustersteine legte die Ag in der mündlichen Verhandlung zur Inaugenscheinnahme vor.

Im Prüfbericht des mit der Auswertung durch die Ag befassten Landschaftsarchitekten vom 6. August 2018 stellte dieser mit fotografischer Dokumentation der von der ASt zum 19. Juli 2018 eingereichten Mustersteine fest, die ASt habe „*Granit mittelgrau, feinkörnig*“ angeboten. Abschließend sei festzustellen, dass die Bg mit dem von ihr angebotenen Material „*Grauwacke dunkelgrau, homogen*“ bzw. „*Basalt dunkelgrau, homogen*“ als einzige Bieterin ein der Leistungsbeschreibung entsprechendes Angebot abgegeben habe.

Die ASt selbst übermittelte am 10. August 2018 eigeninitiativ nochmals vier Mustersteine, darunter ein Stein, der dem Material aus der Muster-Lieferung vom 19. Juli 2018 entsprach sowie zwei weitere granitartige Natursteine und einen Basaltstein. Bei zweien davon, darunter der Basaltstein, waren – wie in der mündlichen Verhandlung einvernehmlich festgestellt wurde – die Oberflächen gesägt. Auch diese Mustersteine der ASt legte die Ag in der mündlichen Verhandlung zur Inaugenscheinnahme vor. Im Begleitschreiben zu ihrer Musterlieferung vom 10. August 2018 wies die ASt darauf hin, dass ihr Baustofflieferant mit Schreiben vom 17. Juli 2018 „*aufgrund Urlaubsvertretung ...fälschlicherweise 4 gleiche*

*Muster zugesandt*“ habe. Es würden nunmehr die restlichen drei Muster übermittelt. Außerdem erklärte die ASt in diesem Schreiben „nach § 160 GWB ... eine Rüge bzgl. Ihrem Schreiben“ vom 13. Juli 2018. Der Geschäftsführer der ASt hat in diesem Zusammenhang in der mündlichen Verhandlung erklärt, er habe nach Rückkehr aus dem Sommerurlaub erfahren, dass sein Baustofflieferant nur eine Mustersteinsorte in mehrfacher Ausführung an die Ag übermittelt habe, er habe daraufhin die von der ASt eigentlich gewollten restlichen Muster, so wie er sie schnell habe beschaffen können, schnellstmöglich nachgeliefert.

Die ASt rügte nochmals mit anwaltlichem Schreiben vom 14. August 2018, dass die Lieferung der Muster vom 10. August 2018 als rechtzeitig zu werten sei, da die Fristsetzung im Anforderungsschreiben vom 13. Juli 2018 unangemessen kurz gewesen sei. Die Ag gab der Rüge mit Schreiben vom 23. August 2018 statt und berücksichtigte die Muster aus der Lieferung vom 10. August 2018 im Weiteren.

Mit weiterem Schreiben vom 23. August 2018 teilte die Ag der ASt mit, sie werde von der Wertung im Vergabeverfahren ausgeschlossen, weil die von ihr als Muster übergebenen Steine von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses in den Positionen 01.02.0027 und 01.02.0028 hinsichtlich Körnung und Farbigkeit abwichen. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag an die Beigeladene (Bg) zu erteilen.

Die ASt rügte ihren Ausschluss mit anwaltlichem Schreiben vom 24. August 2018.

Mit Schreiben vom 21. August 2018, bei der Ag eingegangen am 24. August 2018, ließ die ASt weitere drei Mustersteine durch einen weiteren Lieferanten an die Ag übermitteln. Diese Steine berücksichtigte die Ag nicht mehr.

Die Ag wies die Rüge der ASt vom mit Schreiben vom 28. August 2018 zurück.

In einer in der Vergabeakte dokumentierten internen Stellungnahme für die Ag vom 31. August 2018 (Blatt 17-21) führte der von der Ag mit der Auswertung der Angebote befasste Landschaftsarchitekt aus, die übergebenen Muster seien mit den Vorgaben zur Position 01.02.0027 unvereinbar, da sie eine sichtbare Körnung aufwiesen und auch der Vergleichsfarbe anthrazitgrau RAL 7016 nicht ent-

sprächen. Hinsichtlich der Position 01.02.0028 liege auch eine entsprechende Abweichung vor. Es sei kein Muster in der Gesteinsart Grauwacke bzw. im Farbton schwarz vorgelegt worden. Die von der ASt vorgelegten Muster wichen von diesen Vorgaben ab.

2. Die ASt beantragte mit anwaltlichem Schreiben vom 28. August 2018, bei der Vergabekammer per Fax eingegangen am selben Tage, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Zur Begründung führte die ASt im Antrag sowie mit Schreiben vom 19. September 2018 im Wesentlichen aus, die von ihr eingereichten Mustersteine entsprächen den Vorgaben der Positionen 01.02.0027 bzw. 01.02.0028, eine wesentliche Abweichung hinsichtlich Körnung und Farbigkeit liege nicht vor. Schließlich seien alle von ihr übermittelten Steine zu berücksichtigen gewesen, da die ursprüngliche Frist zur Einreichung der Muster von nur sechs Kalendertagen unangemessen kurz gewesen sei. Das Kriterium „ohne sichtbare Körnung“ sei nicht wörtlich zu verstehen, sondern so, dass „nahezu keine Körnung“ sichtbar sein dürfe. Denn es gebe kein Natursteinmaterial „ohne jegliche Körnung“. Ein anderes Verständnis laufe auf eine unmögliche Leistungspflicht hinaus.

Die Vorgaben in Position 01.02.0027 verstießen überdies gegen das Gebot der Neutralitätspflicht, die Leistung werde nach Form, Stofflichkeit und Aussehen so beschrieben, dass offensichtlich nur das Produkt Grauwacke, das in der ursprünglichen Fassung vor der Änderung vom 2. Juli 2018 dort enthalten gewesen sei, die Anforderungen erfüllen könne. Zu Position 01.02.0028 sei die Leistungsbeschreibung widersprüchlich. Dort sei als Material Grauwacke und als Farbton schwarz angegeben sowie der Verweis „*Material wie Natursteinmaterial der Vorposition*“ 01.02.0027, wo als Farbton anthrazitgrau, Vergleichsfarbe RAL 7016 angegeben sei. Beide Farbvorgaben könne das zur Position 01.02.0028 vorgegebene Material offensichtlich nicht erfüllen.

Die ASt beantragt:

1. Die Ag wird verpflichtet, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebots der ASt zu erteilen,

hilfsweise: Es wird festgestellt, dass die ASt durch den Ausschluss ihres Angebots von der Wertung in ihren Rechten verletzt ist. Der Ag wird untersagt, den Zuschlag an die Bg zu erteilen. Die Vergabekammer möge geeignete Maßnahmen treffen, um die von ihr festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.

2. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

Die Ag führt aus, das Angebot sei auszuschließen gewesen, weil es mit den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses in den Positionen 01.02.0027 bzw. 01.02.0028 nicht vereinbar sei. Die eingereichten Muster sowohl vom 19. Juli 2018 als auch vom 10. August 2018 wiesen sichtbare Körnungen auf bzw. seien betr. die Position 0028 keine Grauwacke. Es seien nur Granit- bzw. granitartige Steine vorgelegt worden. Auch seien die Farbvorgaben von anthrazitgrau/RAL 7016 (Pos. 0027) bzw. schwarz (Pos. 0028) nicht erfüllt.

c) Die mit Beschluss vom 30. August 2018 zum Verfahren hinzugezogene Bg hat keine Anträge gestellt und sich nicht zur Sache eingelassen.

3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 28. September 2018 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert, die Bg hat nicht an der mündlichen Verhandlung teilgenommen. Neben den von der ASt am 19. Juli und

10. August 2018 übergebenen Mustersteinen hat die Ag hat auch die von ihr bemusterten Steine der in die engere Wahl einbezogenen Bieter, darunter die der Bg, zur Inaugenscheinnahme vorgelegt, wobei die Quelle und die exakte Bezeichnung der von der Bg vorgelegten Mustersteine zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Bg der ASt gegenüber nicht offengelegt wurden.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

### 1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Bauauftrag im Anwendungsbereich der VOB/A-EU – sind zweifelsfrei erfüllt. Zwar erreicht der hier ausgeschriebene Auftrag allein nicht den Schwellenwert für Bauaufträge, an den auch die Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens anknüpft, § 106 Abs. 1 S. 1 GWB. Allerdings ist nach § 3 VgV, der über § 1 Abs. 2 Satz 2 VOB/A-EU auch für Bauvergaben gilt, der Gedanke tragend, dass es auf den Gesamtwert eines Auftrags ankommt. Gemäß Vergabedokumentation Blatt 271 der Vergabeakte wird auf den – nicht näher bestimmten – Gesamtwert der Baumaßnahme abgestellt, der nach den Darlegungen in der Vergabeakte den Schwellenwert überschreitet. Die Ag hat den Gesamtzusammenhang der Baumaßnahme, in den die hier ausgeschriebene Bauleistung eingefügt ist, in der mündlichen Verhandlung hierzu näher plausibel erläutert.
- b) Die ASt ist antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat durch die Abgabe ihres Angebotes ihr Interesse am Erhalt des Auftrags dokumentiert. Die ASt hat im Nachprüfungsantrag eine Verletzung ihrer bieterschützenden Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB geltend gemacht, soweit sie sich gegen ihren Ausschluss wendet. Nach den von der ASt insofern vorgetragenen Gründen ist eine Verletzung der entsprechenden bieterschützenden Vorschriften jedenfalls nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen. Die ASt hat damit auch dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden droht. Denn sie hat gemäß der

rechnerischen Prüfung das preisgünstigste Angebot abgegeben und somit, gemessen am alleinigen Zuschlagskriterium Preis, eine realistische Chance auf den Zuschlag, der ihr nach den von ihr behaupteten Vergaberechtsverstößen zu entgehen droht.

- c) Die ASt ist ferner ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB hinsichtlich ihrer Rüge, der Ausschluss sei rechtswidrig, da die von ihr eingereichten Mustersteine, maßgeblich unter Berücksichtigung der nach Ablauf der für die Vorlage im Leistungsverzeichnis bestimmten Sechs-Tage-Frist am 10. August 2018 eingereichten, den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entsprächen, rechtzeitig nachgekommen. Sie hat diesen Punkt auf die Mitteilung der Ag vom 23. August 2018 mit Schreiben vom 24. August 2018 binnen der Frist von 10-Kalendertagen gerügt. Auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 28. August 2018 hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag noch am gleichen Tag binnen der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB bei der Vergabekammer eingereicht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Ag hat das Angebot der ASt zu Recht von der Wertung ausgeschlossen. Das Angebot der ASt ist nach § 16 Nr. 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A-EU sowie nach § 16 Nr. 4 VOB/A-EU auszuschließen.

- a) Das Angebot ist nach § 16 Nr. 2 VOB/A-EU auszuschließen. Danach sind Angebote auszuschließen, die den Bestimmungen des § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A-EU nicht entsprechen. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A-EU ist das Angebot auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen, Änderungen an den Vergabeunterlagen, die stets dann gegeben sind, wenn ein Bieter abweichend von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung bzw. des Leistungsverzeichnisses anbietet, sind unzulässig.

aa) Die ASt weicht mit ihrem Angebot von den Vorgaben der Position für das Pflastermaterial (01.02.0027) sowie für die Pflasterstreifen (01.02.0028) des Leistungsverzeichnisses (LV) ab. Für beide Positionen war Natursteinmaterial „ohne sichtbare Körnung, Schichtung oder Marmorierung“ mit „naturrauer“ Oberfläche anzubieten. Hinsichtlich der Position 01.02.0028 ergibt sich dies zwanglos aus der dortigen Verweisung „Material wie Natursteinpflaster der Vorposition“, wengleich dort – anders



als bei der Position 01.02.0027 – als Gesteinsart Grauwacke vorgegeben war. Die Position 01.02.0027 enthielt als Farbvorgabe „Farbe anthrazitgrau, Vergleichsfarbe RAL 7016“, nach der Position 01.02.0028 war Grauwacke im „Farbton schwarz“ anzubieten.

Indem die ASt binnen der von der Ag in der LV-Position 01.02.0027 vorgegebenen Sechs-Tage-Frist auf Aufforderung vom 13. Juli 2018 am 19. Juli 2018 mehrere Steine aus dem Material Granit in hellgrau durch ihren Baustofflieferanten hat übermitteln lassen und dadurch das Angebot auf diese Steine konkretisiert hat, ist sie diesen Vorgaben nicht gerecht geworden.

(1) Bereits aus dem Vortrag der ASt ergibt sich, dass die Musterlieferung der ASt vom 19. Juli 2018 jedenfalls unvollständig war. Der Geschäftsführer der ASt hat in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass er urlaubsbedingt seinen Lieferanten veranlasst habe, Muster an die Ag zu senden. Bei seinem Lieferanten sei der Auftrag ebenfalls urlaubsbedingt nur fehlerhaft abgearbeitet worden. Er habe vor seinem Urlaub mit dem zuständigen Mitarbeiter seines Lieferanten Näheres besprochen, nachdem auch dieser schließlich im Urlaub gewesen sei, seien von dort nur mehrere identische Exemplare des hellgrauen Granits als Muster übersandt worden, nicht aber auch die anderen von ihm ausgewählten Mustersteine. Dieser Fehler sei bei der ASt allerdings erst nach dem Urlaub des Geschäftsführers aufgefallen. Daher habe er mit seinem Schreiben vom 10. August 2018 Abhilfe schaffen wollen und weitere Muster nachgeliefert und deren Berücksichtigung durch eine Rüge vom 10. bzw. 14. August 2018 eingefordert.

Schon aus diesem Vortrag des Geschäftsführers der ASt geht hervor, dass ihm bewußt war, dass jedenfalls die am 19. Juli 2018 übermittelten Steine nicht seiner geplanten Musterlieferung entsprachen, seine Musterlieferung somit unvollständig war und er selbst das Risiko sah, dass die übermittelten identischen Mustersteine den Anforderungen nicht entsprechen dürften. Anders ist es nicht zu erklären, dass die ASt mit ihrem Übergabeschreiben vom 10. August 2018 und nochmals mit anwaltlichem Schreiben vom 14. August 2018 die nachträgliche Berücksichtigungsfähigkeit der nachgelieferten Mustersteine sicherstellen wollte.

- (2) Die mündliche Verhandlung hat überdies ergeben, dass die derart binnen der verbindlich in der LV-Position 01.02.0027 gesetzten Sechs-Tage-Frist vorgelegten Mustersteine vom 19. Juli 2018 bereits nicht den Vorgaben der Position 01.02.027 entsprechen, da sie eine deutlich sichtbare Körnung aufweisen. Dies hat die Inaugenscheinnahme in der mündlichen Verhandlung bestätigt und dies ist auch der fotografischen Dokumentation in der Vergabeakte auf Blatt 18 bzw. 46/47 zu entnehmen und wurde folglich von der Ag zutreffend festgestellt.

Nach dem für die Auslegung dieser Position im LV maßgeblichen Empfängerhorizont eines fachkundigen Dritten (verobjektivierter Empfängerhorizont) sind diese Vorgaben in der Position 01.02.0027 eindeutig und unmissverständlich: Der Ag kam es mit ihrer Vorgabe „*ohne sichtbare Körnung, Schichtung oder Marmorierung*“ auf ein optisches Erscheinungsbild des Pflastermaterials an, das homogen und einheitlich wirken soll, ohne dass die einzelnen natürlichen Bestandteile der zu verbauenden Pflastersteine optisch wahrnehmbar sein sollten. Danach war für einen mit der Ausschreibung befassten objektiven fachkundigen Bieter ersichtlich, dass mit den Mustern entsprechende Gesteinsarten anzubieten waren. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung hierzu erläutert, dass es bei den zu pflasternden Flächen um Areale gehe, die repräsentativen Zwecken dienen und diese sich überdies in vorhandene Bausubstanz einfügen sollen. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung außerdem nachvollziehbar und durch die ASt insoweit unwidersprochen die Gesteinsarten aufgezählt, die diese Vorgaben (homogen, ohne sichtbare Körnung) grundsätzlich erfüllen konnten, darunter neben Grauwacke u.a. Basalt.

Das Vorbringen der ASt, Natursteinmaterial weise immer gewisse Körnungen auf, ist vor diesem Hintergrund unerheblich. Letztlich bestehen Steine – je nach Entstehungsprozess – immer aus Mineralien in unterschiedlicher Zusammensetzung und weisen demnach unterschiedliche Erscheinungsbilder auf. Die Ag hat vor diesem Hintergrund ausdrücklich vorgegeben, sie wolle eine gepflasterte Fläche, die aus Steinen besteht, die keine „*sichtbare*“ Körnung, Schichtung oder Marmorierung aufweisen. Diese Vorgabe ist – zumal für einen fachkundigen objektiven Bieter wie die ASt – unmissverständlich. Soweit die Ag also vorbringt, die Vorgabe „*ohne sichtbare Körnung, Schichtung oder Marmorierung*“ sei so zu verstehen, dass das anzubietende Material „nahezu keine Körnung“ aufweisen dür-

fe, da es kein Naturstein „ohne jegliche Körnung“ gebe, findet dies keine Grundlage im Leistungsverzeichnis.

bb) Ebenso weicht die Farbe der angebotenen Mustersteine vom 19. Juli 2018 von den Vorgaben der Position 01.02.0027 („Farbe anthrazitgrau, Vergleichsfarbe RAL 7016“) ab. Die Steine waren hellgrau und entsprechen nicht der RAL-Farbtafel 7016. Dies ergibt sich nachvollziehbar aus der fotografischen Dokumentation der Ag in der Vergabeakte auf Blatt 18 bzw. 47. Auch die Inaugenscheinnahme der Mustersteine und der RAL-Farbtafel in der mündlichen Verhandlung hat diese farbliche Abweichung für die Vergabekammer nachvollziehbar bestätigt. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung der Ag, die Abweichung der Mustersteine von den Vorgaben der Position 01.02.0027 auch in farblicher Hinsicht anzunehmen, vergaberechtskonform.

Gleiches gilt hinsichtlich der Feststellung der Ag, die Mustersteine vom 19. Juli 2018 wichen außerdem von den farblichen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses bzw. der Gesteinsart in der Position 01.02.0028 ab. Die Inaugenscheinnahme der Mustersteine sowie die zitierte fotografische Dokumentation in der Vergabeakte lassen nachvollziehbar erkennen, dass die vorgelegten hellgrauen Mustersteine jedenfalls nicht dem von der Position 01.02.0028 vorgeschriebenen (dunklen) „Farbton schwarz“ entsprechen. Auch handelt es sich bei den Mustern vom 19. Juli 2018 nicht um die geforderte Gesteinsart Grauwacke, sondern – unstreitig – Granit.

cc) Es wird nach den Vorgaben der Positionen 01.02.0027 bzw. 01.02.0028 – entgegen der ASt – von den Bietern schließlich keine objektiv unmögliche Leistung verlangt, was mit den vergaberechtlichen Grundsätzen des § 97 Abs. 1, 2 GWB unvereinbar gewesen wäre.

Dass es sich insoweit nicht um unmögliche Vorgaben gehandelt hat und die Ausschreibung auch zur Position 01.02.0027 gerade nicht – wie die ASt meint – trotz der anderslautenden Neufassung dieser Position ausschließlich auf Grauwacke in der Farbe anthrazit zugeschnitten war, die gemäß der Bieterfrage vom 28. Juni 2018, in anthrazitgrau „nicht zu 100% lieferbar“ sei und die es im Hinblick auf die Position 01.02.0028 auch gar nicht in schwarz gebe, zeigt einerseits das Muster der Bg in der Gesteinsart Grauwacke und andererseits in der Gesteinsart Basalt. Beide entsprechen den Vorgaben der beiden Positionen. Sowohl nach der fotografischen

Dokumentation in der Vergabeakte (u.a. Blatt 47) und nach der Inaugenscheinnahme in der mündlichen Verhandlung ist für die Kammer nachvollziehbar, dass sowohl das Grauwacke-Muster als auch das Basalt-Muster der Bg der „*Farbe anthrazitgrau, Vergleichsfarbe RAL 7016*“ in Position 01.02.0027 nahekommt und damit der für das lediglich ausgeschriebene homogene Natursteinmaterial vorgegebenen „*Vergleichsfarbe*“ entspricht. Ebenso ist es nachvollziehbar, dass das Grauwacke-Muster der Bg auch dem in Position 01.02.0028 für diese geforderte Gesteinsart vorgegebenen „*Farbton schwarz*“ entspricht. Da in der Position 01.02.0028 gerade keine konkrete Vergleichsfarbe aus der RAL-Farbtabelle vorgegeben war, sondern – insofern offener formuliert – nur der Farbton „*schwarz*“, konnte ein objektiver, fachkundiger Bieter somit unmissverständlich erkennen, dass für die Position 01.02.0028 Grauwacke in einer möglichst dunklen Färbung anzubieten war. Anders als die ASt meint, ergab sich daraus also nicht, dass schwarze Grauwacke anzubieten war, die es so gar nicht gebe. Dass ein schwarzer Farbton somit möglicherweise auch durch einen den expliziten Farbvorgaben der Position 01.02.0027 entsprechenden Stein erreicht werden konnte, ist mithin ein aus den Vorgaben der Ag resultierender Umstand.

Eine unmögliche Leistung war danach also nicht gefordert worden. Nach den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses hätte ein Bieter als Muster für beide Positionen also Grauwacke in anthrazitgrau/Vergleichsfarbe RAL 7016 anbieten können oder aber jedenfalls dunkle Grauwacke nur für die Position 01.02.0028 und eine andere Gesteinsart, beispielsweise Basalt, in einer den Farbvorgaben der Position 01.02.0027 entsprechenden Weise.

Unerheblich ist es schließlich, ob die Vorgabe „*Gesteinsart Grauwacke, Farbton schwarz*“ in Position 01.02.0028 möglicherweise bei der Neufassung der Positionen 01.02.0027 und 01.02.0028 zum 2. Juli 2018 übersehen und im LV-Text nicht in einer der Neuformulierung der Position 01.02.0027 entsprechenden Weise („*Natursteinmaterial homogen... Farbe anthrazitgrau, Vergleichsfarbe RAL 7016*“) angepasst worden ist. Der Landschaftsarchitekt der Ag hat in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage eine entsprechende Vermutung über die Intention der Ag geäußert, ohne dass aber insofern letztlich Gewißheit hergestellt werden konnte. Aus Sicht des maßgeblichen objektiven Empfängerhorizonts ist für die Angebotserstellung und damit für die Wertung von den Maßgaben des LV in den beiden LV-

Positionen auszugehen wie sie durch die Neufassung vom 2. Juli 2018 bekannt gemacht worden sind. Danach wurde in die Position 01.02.0028 nur ein Verweis auf die Position 01.02.0027 hinsichtlich des Materials aufgenommen („*Material wie Natursteinpflaster der Vorposition*“). Dieser Verweis in Position 01.02.0028 ist nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont aber nicht widersprüchlich, sondern unmissverständlich auf die eindeutigen materialbezogenen Vorgaben in Position 01.02.0027 bezogen, u.a. „*Oberfläche naturrau*“ bzw. „*Natursteinmaterial homogen, ohne ersichtliche Körnung, Schichtung oder Marmorierung, Naturstein frost- und tausalzbeständig...*“, während die von der ASt bemängelten vermeintlich widersprüchlichen Abweichungen in beiden Positionen eben unmissverständlich hinsichtlich Gesteinsart und Farbe/Farbton unterscheiden.

Soweit auf die Bieterfrage vom 28. Juni 2018 für die im Hinblick auf das Pflastermaterial deutlich umfangreichere Position 01.02.0027 die ursprüngliche Vorgabe der Gesteinsart in „*Natursteinmaterial homogen*“ abgeändert worden ist, wollte die Ag – wie in der mündlichen Verhandlung erläutert – den Bietern insofern lediglich entgegen kommen, ohne dass damit aber zwingend feststand, dass Grauwacke in einer der Farbvorgaben in den Positionen 01.02.0027 bzw. 01.02.0028 8 als Pflastermaterial gar nicht erhältlich gewesen wäre – was durch das ausschreibungskonforme Angebot der Bg belegt wird. Es ist auch keineswegs unplausibel, dass die Ag die Öffnung für die Gesteinsart auf die Position 01.02.0027 (für umfangreiche Pflasterarbeiten) beschränkt hat und bei der Position 01.02.0028 (lediglich Pflastermaterial für 480 m Randstreifen) an einer dunklen Grauwacke festhalten wollte. Letztlich ist dies unerheblich, da die Ag ihren Beschaffungsbedarf – im Rahmen dessen, was – wie hier – als Leistung möglich ist – selbst bestimmt.

dd) Da somit die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses in den Positionen 01.02.0027 und 01.02.0028 nach der maßgeblichen Auslegungsdirektive des objektiven Empfängerhorizont eindeutig und unmissverständlich bestimmbar sind, von denen die ASt mit ihrem Muster vom 19. Juli 2018 abgewichen ist, war sie nach § 16 Nr. 2 VOB/A-EU vom Vergabeverfahren zwingend auszuschließen. Da den Bietern zudem keine unmögliche Leistung abverlangt wurde, sondern – wie das Angebot der Bg zeigt – die Abgabe LV-konformer Angebote durchaus möglich war, kommt auch die von der ASt reklamierte Zurückversetzung des Vergabeverfahrens, die in der Sache auf eine zweite Chance der ASt hinauslief, nicht in Betracht.

b) Auf die mit Schreiben vom 10. August 2018 von der ASt vorgelegten Mustersteine kommt es im Hinblick auf die LV-Positionen 01.02.0027 bzw. 0028 nicht mehr an. Die zum 10. August 2018 von der ASt bei der Ag vorgelegten weiteren Mustersteine waren außerhalb der von der Ag in Position 01.02.0027 bestimmten Sechs-Tage-Frist für die dort vorbehaltene Anforderung von Mustern eingereicht worden und nicht berücksichtigungsfähig. Das Angebot der ASt ist somit vor diesem Hintergrund auch nach § 16 Nr. 4 VOB/A-EU auszuschließen.

aa) Nach § 16 Nr. 4 Satz 1 VOB/A-EU sind Angebote auszuschließen, bei denen der Bieter Erklärungen oder Nachweise, deren Vorlage sich der öffentliche Auftraggeber vorbehalten hat, auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vorgelegt hat.

(1) Die Ag hatte bereits in Position 01.02.0027 des Leistungsverzeichnisses klar und eindeutig bestimmt, dass die Anforderung von Mustern vorbehalten war und diese im Falle der Anforderung binnen einer Frist von sechs Tagen ab der Anforderung vorzulegen waren. Unter Berücksichtigung des den Vorbehalt zur Anforderung des Musters konkretisierenden Aufforderungsschreibens vom 13. Juli 2018 genügt dies der Maßgabe der kalendermäßig bestimmten Frist.

(2) Diese Sechs-Tage-Frist war nach § 16 Nr. 4 Satz 1 VOB/A-EU auch angemessen bemessen.

Soweit die ASt vorgetragen hat, das Aufforderungsschreiben vom 13. Juli 2018 sei an einem Freitag eingegangen, so dass die Sechs-Tage-Frist durch das anschließende Wochenende unzumutbar verkürzt worden sei, ist dem im hier zu betrachtenden Fall nicht zu folgen.

Bei der hierfür gebotenen Abwägung ist maßgeblich zu berücksichtigen, dass die Mustersteine gerade nicht mit dem Angebot vorzulegen waren, sondern die Ag dies für den Zeitraum nach Abgabe des Angebots „*vor Auftragsvergabe*“ vorbehalten hatte. In solch einem Fall können sich die Bieter frühzeitig auf die Bearbeitung eines solchermaßen vorbehaltenen, ausdrücklich angekündigten Verlangens einstellen und entsprechende Vorbereitungen treffen (vgl. OLG Düsseldorf,

Beschluss vom 17. Februar 2016. Az.: VII Verg 37/14, sub III.2.b), zur Frage, dass Erklärungen und Nachweise, die nach Abgabe des Angebots auf gesonderte Aufforderung des Auftraggebers vorzulegen sind, aber vom Bieter nicht oder nicht rechtzeitig eingereicht werden, nicht einmal der Nachforderungspflicht des § 16a VOB/A-EU zu unterstellen sind). Spätestens nach Erhalt der Neufassung der beiden LV-Positionen mit Schreiben vom 2. Juli 2018 war den Bietern somit klar, dass sie für eine zügige Abwicklung ihrer Musterangebote Sorge zu tragen hatten, zumal – wie bereits in Position 01.02.0027 ausdrücklich angegeben – die Muster der Ag zur Grenzbemusterung dienen sollten, um das Angebot anhand der vorzulegenden Muster entsprechend konkretisieren zu können.

Unter diesen Umständen war es den Bietern zuzumuten, sich auf eine sechstägige Frist zur Übersendung repräsentativer Mustersteine einzustellen und entsprechend vorzubereiten. Zwar wären entsprechende Vorbereitungen zur Beschaffung repräsentativer Muster bereits während der Angebotsphase zu treffen bzw. einzuleiten gewesen, somit also während einer prinzipiell zeitkritischen Phase (s. zu dem Aspekt der zeitlichen Situation der Bieter in der Angebotsphase OLG Düsseldorf, a.a.O.). Allerdings hatte sich ein sorgfältiger Bieter bei Erstellung des Angebotes ohnehin damit zu befassen, Steine anzubieten, die den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entsprachen. Dies setzt eine entsprechende Auswahlentscheidung beim Bieter voraus, in deren Zusammenhang die Anforderung entsprechender Mustersteine bei Baustofflieferanten der jeweiligen Bieter ohne Weiteres geboten war bzw. in die Wege geleitet werden konnte. Dass die konkrete Anforderung der Muster dann am Freitag, den 13. Juli 2018, erfolgte, fällt vor diesem Hintergrund nicht weiter ins Gewicht, da von einem sorgfältigen Bieter erwartet werden konnte, sich bis zur Abgabe des Angebots bereits mit den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entsprechenden Mustern befasst zu haben, um das Angebot überhaupt erstellen zu können, und somit auch schnell Zugriff auf die konkreten Musterexemplare haben zu können.

Hätte sich die sechstägige Vorlagefrist im Einzelfall als unzumutbares zeitliches Hindernis herausgestellt, etwa weil ausgewählte Mustersteine nicht rechtzeitig zu beschaffen gewesen wären, wäre dies der Ag durch entsprechende Mitteilung bzw. Rüge darzulegen gewesen. Auch dies ist hier auf das Anforderungsschreiben der Ag vom 13. Juli 2018 seitens der ASt nicht geschehen. Vielmehr hat die

ASt die Übersendung der Mustersteine, die zum 19. Juli 2018 fristgemäß vorgelegt wurden, selbst in die Wege geleitet, ohne entsprechende Bedenken binnen der Frist des § 160 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 GWB zu äußern. Dass diese Musterlieferung nach den eigenen Darlegungen der ASt unvollständig bzw. unzureichend war, hatte die ASt letztlich selbst zu vertreten. Denn sie hat unstreitig die von ihr bei ihrem Baustofflieferanten in Auftrag gegebene Musterlieferung, die direkt an die Ag gehen sollte, urlaubsbedingt nicht mehr selbst kontrolliert. Soweit der Geschäftsführer der ASt in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, er habe nach Rückkehr aus dem Urlaub den Fehler der unvollständigen Muster vom 19. Juli 2018 bemerkt und eine Ergänzungslieferung erst zum 10. August 2018 zusammengestellt, belegt dies vielmehr, dass der ASt grundsätzlich eine fristgemäße Vorlage möglich gewesen wäre. Danach ist es nicht gerechtfertigt, die von der Ag schon im Leistungsverzeichnis vor Angebotsabgabe kommunizierte Sechstage-Frist auf die Anforderung vom 13. Juli 2018 hin als unangemessen kurz und damit unwirksam zu betrachten. Das Gegenteil ist hier der Fall.

Vor diesem Hintergrund kommt auch die von der ASt reklamierte Nachforderungspflicht durch die Ag nach § 16a VOB/A-EU nicht in Betracht (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O.).

bb) Die ASt hat schließlich keinen aus dem vergaberechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung nach § 97 Abs. 1, 2 GWB fließenden Anspruch auf Berücksichtigung der am 10. August 2018 eingereichten Mustersteine, weil die Ag die Berücksichtigung dieser ergänzenden Mustersteine aufgrund ihrer diesbezüglichen Abhilfe vom 23. August 2018 zugesagt hat.

Die Ag hätte die Musterlieferung der ASt vom 10. August 2018 schon gar nicht berücksichtigen dürfen. Dass sie dies gemäß ihrem Schreiben vom 23. August 2018 dennoch tat, ist wiederum mit dem vergaberechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung nach § 97 Abs. 1, 2 GWB nicht vereinbar und verstößt zu Lasten der anderen Bieter in der Sache gegen das Nachverhandlungsverbot gemäß § 15 Abs. 3 VOB/A-EU. Die Ag war gehalten, die von ihr vergaberechtskonform aufgestellten Fristvorgaben gegenüber allen Bietern gleich einzuhalten. Davon ist sie ohne Grund zugunsten der ASt unstatthaft abgewichen. Zwar ist das Vorgehen der Ag vor dem Hintergrund nachvollziehbar, dass sie auch die verspätet eingereichten Mustersteine als nicht



konform mit der Leistungsbeschreibung angesehen hat; es kam daher nicht darauf an, ob die verspätet vorgelegten Mustersteine zugelassen wurden, denn das Ergebnis – keine leistungsbeschreibungskonformen Steine und daher Angebotsausschluss – blieb dasselbe. Dies hat die Ag hat in der mündlichen Verhandlung erklärt; sie habe diese Mustersteine im Ergebnis berücksichtigen wollen, da diese ersichtlich nicht den Vorgaben der beiden LV-Positionen entsprochen hätten und vermeiden wollen, dass das Angebot der ASt lediglich aus dem formalen Grund der nicht eingehaltenen Sechs-Tage-Frist ausgeschlossen würde. Vergaberechtlich korrekt hätte die Ag die verspätet vorgelegten Mustersteine aber nicht mehr berücksichtigen dürfen.

cc) Es kann somit dahinstehen, ob die Steine aus der Musterlieferung vom 10. August 2018 den Vorgaben der LV-Positionen 01.02.0027 bzw. 01.02.0028 entsprochen haben oder nicht. Nach den Erkenntnissen der mündlichen Verhandlung, maßgeblich der Inaugenscheinnahme der Muster, erscheint es allerdings plausibel und nachvollziehbar, dass die von der ASt mit am 10. August 2018 bei der Ag eingegangenen Mustersteine den Vorgaben der Position 01.02.0027 bzw. 01.02.0028 gar nicht entsprochen haben. Die Oberflächen von zwei der Mustersteinen waren – wie die ASt in der mdl. Verhandlung bestätigt hat – gesägt/geschnitten. Sie weisen somit keine „Oberfläche naturrau“ auf. Diese Vorgabe ist – entgegen dem Vortrag der ASt in der mündlichen Verhandlung – auch nicht unklar bzw. missverständlich, sondern nach dem anzuwendenden Maßstab des verobjektivierten Empfängerhorizonts eindeutig und unmissverständlich dahin zu verstehen, dass die Oberfläche der Mustersteine in einer nicht bearbeiteten Form („naturrau“) vorgelegt werden sollte, um einen unverfälschten optischen Eindruck vermitteln zu können (nach Pos. 01.02.0027 sollten die Muster „repräsentativ“ sein), dass das Material nicht von Vorgaben abweicht. Ein weiterer Stein aus der Musterlieferung entsprach – wie die ASt in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat – den Mustern vom 19. Juli 2018 und somit aus den schon dargelegten Gründen nicht den Vorgaben. Ein letzter granitartiger Stein wies jedenfalls – aufgrund der Inaugenscheinnahme nachvollziehbar – sichtbare Körnung auf.

dd) Da die Mustervorlage vom 10. August 2018 den Vorgaben der den Maßgaben des § 16 Nr. 4 VOB/A-EU entsprechenden Frist nicht entsprach, war das Angebot der ASt auch danach zwingend auszuschließen.

- c) Aus den vorstehend dargelegten Gründen waren schließlich die Mustersteine der ASt aus der Nachlieferung vom 24. August 2018, die der Ag erst nach Versand der Informationsschreiben nach § 134 GWB zugegangen sind, erst recht nicht berücksichtigungsfähig.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, Satz 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2, 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

Die Bg trägt ihre Aufwendungen selbst. Denn es entspricht nicht der Billigkeit, die zur zweckentsprechenden Rechtverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg der ASt aufzuerlegen.

Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen eines Beigeladenen sind nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB nur erstattungsfähig, soweit sie aus Gründen der Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt werden. Da die Bg sich allerdings weder mit Anträgen noch sonstigem Sachvortrag am Nachprüfungsverfahren beteiligt, dieses somit auch nicht weiter gefördert hat, ist eine Erstattung der Aufwendungen der Bg nicht geboten.

### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung