Bundeskartellamt

1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 118/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

gegen

[…]

- Antragsgegnerin -

[…]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Lieferung digitaler Endgeräte zum Betrieb im TETRA Funknetz der BDBOS – […]“; EU-Bekanntmachungs-Nr.: […], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Stertz aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. November 2016 am 6. Dezember 2016 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 und der Beigeladenen.

Gründe:

Bei den im Folgenden zitierten Vorschriften aus dem GWB handelt es sich um solche aus der bis zum 17. April 2016 geltenden Fassung. Denn da das Vergabeverfahren vor dem 18. April 2016 begonnen hat, richtet sich die Entscheidung nach der bis zu diesem Tag geltenden Fassung dieser Normen (s. § 186 Abs. 2 GWB in der seit dem 18. April 2016 geltenden Fassung).

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites, nichtoffenes Verfahren zur Vergabe „Lieferung digitaler Endgeräte zum Betrieb im TETRA Funknetz der BDBOS“ durch (Absendung der Bekanntmachung am […] 2016). Die Abkürzung „BDBOS“ steht für „Bundesanstalt für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben”. Ähnliche Geräte hat die Ag bereits seit 2009 im Wege eines nichtoffenen, als Gesamtvergabe ausgeschriebenen (am 31. Dezember 2016 endenden) Vergabeverfahrens beschafft. Auftragnehmer ist die Beigeladene (Bg), die ihrerseits für die Lieferung von Mehrfachbediengeräten, die dazu dienen, mehrere Funkendgeräte miteinander zu verbinden, die Antragstellerin (ASt) als Nachunternehmerin eingesetzt hat.

   Das Beschaffungsvorhaben wurde in Ziffer II.1.5 der Bekanntmachung beschrieben als

   > „Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Lieferung digitaler Endgeräte (…) zum Betrieb im TETRA Funknetz der BDBOS, Zubehör und Wartung sowie der zur Konfiguration und Programmierung notwendigen Software“.

   Als CPV-Code gab die Ag in Ziffer II.1.6 der Bekanntmachung an:

   > „3223000“ (diese CPV-Nummer gibt es nicht, Nr. „3223000-4“ lautet: „Funksendegeräte mit eingebautem Empfangsgerät).

   Eine Losaufteilung erfolgte nicht (s. Ziffer II.1.8 der Bekanntmachung). Zur Begründung der Gesamtvergabe führte die Ag in der Vergabeakte aus, dass

   > „(…) an die zu liefernden Handfunkgeräte und Mobilfunkgeräte einheitliche Forderungen gestellt werden müssen. Diese liegen u.a. in der gleichen Bedienphilosophie, in der gleichen Software zur Programmierung und in dem einheitlichen Servicekonzept für die Instandsetzung der Geräte“ (s. Vermerk „Begründung der Vergabeart“ vom 16. März 2016, Bl. 59 f. der Vergabeakte).

Die Leistungsbeschreibung (LB) enthielt an die zu liefernden Fahrzeugfunkgeräte (EMRT) u.a. folgende Anforderungen (s. Bl. 71 ff. der Vergabeakte):

> Nr. C.3.3.1 („Bauform und Gehäuse“): „EMRT müssen grundsätzlich aus einem Sende- und Empfangsteil und einem Bedienteil bestehen. (…)“
> Nr. C.3.6.7 („Multicontrolhead“): „Es muss ein Multicontrolhead zur Steuerung von zwei digitalen Endgeräten angeboten werden. Dieses soll abgesetzt in Form eines Standard-Bedienteils oder eines Hörer-/Bedienteils verfügbar sein. Ein Ausweichen auf Drittanbieter ist möglich. Hierfür hat der Bieter volle Kompatibilität zu allen Firmware-/ Softwareständen zu gewährleisten.“

In einer Anlage der Vergabeunterlagen hatte die Ag u.a. aufgeführt, dass 8.000 „EMRT Sende-/Empfangsteil“ (Fahrzeugfunkgeräte), 15.000 Stück „EMRT Bedienteil“ und 300 „EMRT Multicontrolhead zur Steuerung von 2 digitalen Endgeräten“ während der Vertragslaufzeit abgerufen werden (s. „Anlage Preisszenario und Preise“, Bl. 93 der Vergabeakte).

Von den beiden Unternehmen, die nach bestandenem Teilnahmewettbewerb zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden, gab nur die Bg ein Angebot ab.

Mit dem Hinweis, dass sie erst am Nachmittag des 11. Oktober 2016 von einem Mitarbeiter der Bg erfahren habe, dass die Ag in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung auch „eine digitale Doppelbedienung“ beschaffe, rügte die ASt am 13. Oktober 2016 gegenüber der Ag, dass für diese Geräte kein eigenes Los gebildet worden sei. Die Ag half dieser Rüge nicht ab (Schreiben der Ag vom 17. Oktober 2016). Auch den weiteren Rügen der ASt vom 20. und 26. Oktober 2016 half die Ag nicht ab.

Nachdem die erforderlichen Teststellungen abgeschlossen sind, beabsichtigt die Ag, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 2. November 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 3. November 2016 an die Ag übermittelt.

   a) Zur Zulässigkeit und Begründetheit ihres Nachprüfungsantrags trägt die ASt Folgendes vor:

      - Sie sei antragsbefugt, weil sie ein zuschlagsfähiges Angebot hätte abgeben können, wenn die von ihr angebotenen Mehrfachbediengeräte als eigenes Los ausgeschrieben

gewesen wären. Ihre Geräte seien in der Lage, die ausgeschriebenen Anforderungen an die Multicontrolheads i.S.d. Nr. C.3.6.7 der LB zu erfüllen.

- Ihre Rüge am 13. Oktober 2016 sei rechtzeitig erfolgt, nachdem sie erst zwei Tage vorher erfahren habe, dass die Ag auch eine digitale Doppelbedienung, also Mehrfachbediengeräte („Multicontrolheads“), wie sie u.a. die ASt vertreibe, ausgeschrieben habe. Dass auch andere Geräte als Endgeräte beschafft werden sollen, sei weder aus dem von der Ag in der Bekanntmachung genannten CPV-Code erkennbar gewesen noch aus der Auftragsbeschreibung in Ziffer II.1.5 der Bekanntmachung. Denn bei Mehrfachbediengeräten/Multicontrolheads handele es sich nicht um bloßes „Zubehör“ i.S.d. Ziffer II.1.5 der Bekanntmachung, sondern um eigenständige Peripheriegeräte, die wesentliche eigene Funktionen bereitstellten und damit eine neue Nutzung der Endgeräte ermöglichten. Zudem habe ein Mitarbeiter der Ag gegenüber der ASt auf einer Messe in Leipzig (7. bis 9. Juni 2016) ausdrücklich bestätigt, dass sich das streitige Vergabeverfahren nicht auf Mehrfachbediengeräte beziehe und solche Geräte erst später ausgeschrieben werden würden. Die Vergabeunterlagen habe die ASt erst im Rahmen ihrer Rügen am 28. Oktober 2016 erhalten; sie sei nicht verpflichtet gewesen, sich diese Unterlagen früher zu beschaffen.

- Die 15-Tage-Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB beginne am 18. Oktober 2016 und ende wegen des Feiertags am 1. November erst am 2 November 2016. Abzustellen sei diesbezüglich – wie nach der Rechtsprechung zu § 222 ZPO - auf den Feiertag am Sitz der Vergabekammer des Bundes (Nordrhein-Westfalen) und nicht auf den Sitz der ASt in Brandenburg, wo dieser Tag kein Feiertag sei.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, denn die Ag habe gegen mehrere vergaberechtliche Vorgaben verstoßen:

- Die Ag habe nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht, dass sie nicht nur Endgeräte, sondern auch Mehrfachbediengeräte beschaffe. Schon aus diesem Grund sei das Vergabeverfahren aufzuheben.

- Gemäß § 97 Abs. 4 S. 1, 2 GWB hätte die Ag ein Fachlos für Mehrfachbediengeräte bilden müssen. Nur in begründeten Ausnahmefällen dürfe ein öffentlicher Auftraggeber auf die Losbildung verzichten. Hierbei spiele der Mehraufwand, der sich typischerweise

aus der Losvergabe ergebe, keine Rolle. Auch die von der Ag genannten technischen Belange (Digitalisierung) hätten nichts mit der Gesamtvergabe im Sinne einer „Gesamtlösung“ zu tun, weil Mehrfachbediengeräte als Bediengerät für mehrere Funkgeräte auch nach der Digitalisierung erforderlich seien. Des Weiteren treffe es nicht zu, dass die ASt die Nachfrage nach einer digitalen Lösung nicht bedienen könne; ihr Produkt […] unterstütze auch digitale Endgeräte. Daneben gebe es mehrere weitere Anbieter, es bestehe also ein eigener Markt für ein solches Los. Die Verwendung eines Mehrfachbedienteils eines anderen Herstellers als dem des Funkgerätes führe auch nicht zu technischen Schwierigkeiten, zu einem höheren Abstimmungsbedarf oder allgemein zu einer größeren Fehleranfälligkeit. Die Schnittstellenprobleme zwischen dem Funkendgerät der Bg und dem Mehrfachbediengerät der ASt, die die Ag anführe, seien der ASt aus ihren bisherigen Lieferungen an die Ag nicht bekannt; umgekehrt habe sich lediglich die ASt zwei Mal in sechs Jahren an die Ag gewandt und diese auf Fehler der von der Bg zur Verfügung gestellten PEI-Schnittstelle hingewiesen bevor es irgendwelche Beschwerden oder Fehlermeldungen gegeben habe. Die Fehlerursache habe die Bg bis heute nicht beseitigt, die Fehler habe die ASt auf eigene Kosten behoben. Auch sonst sei es für den Nutzer nicht nachteilig, wenn Funkgeräte und Bedieneinheiten von unterschiedlichen Anbietern stammten. Der Nutzer nehme nämlich nur das Bediengerät wahr, das im KfZ wie ein Radiogerät angebracht sei. Die dahinter liegenden Funkgeräte seien im Fahrzeug verbaut und für den Nutzer nicht sichtbar. Die Bedieneinheiten der Bg und der ASt seien zudem äußerlich ähnlich. Schließlich lasse auch Nr. 3.6.7 der LB ein Ausweichen auf Drittanbieter zu; die Vergabeunterlagen sähen also selbst vor, dass Funkgerät und Bedienteil nicht vom selben Hersteller seien. Die erforderlichen Schnittstellen seien ohnehin genormt (ETSI-Standard) und die ASt habe im Zuge der Vorgängerausschreibung 2009 belegbar nachgewiesen, dass ihre Mehrfachbediengeräte mit den Endgeräten der in Betracht kommenden Hersteller, u.a. der Bg, kompatibel seien. Die ASt habe allerdings Informationen, dass bei der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung die Bg den Inhalt der durchgeführten Teststellung vorgegeben und damit Gelegenheit gehabt habe, Schwachstellen der eigenen Geräte von der Teststellung auszuklammern. Eine Losbildung führe vorliegend auch nicht zu einer unwirtschaftlichen Zersplitterung der Beschaffung. So habe die Berliner Polizei kürzlich u.a. explizit ein Los für „Bediengeräte“ gebildet. Zudem habe die Ag die Anzahl der zu beschaffenden Mehrfachbediengeräte bewusst kleingerechnet. Die ASt schätzt den Bedarf der […] auf 1.200 Stück während der Vertragslaufzeit und nimmt an, dass weitere Bedarfsträger ([…]) in den kommenden Jahren ebenfalls

Mehrfachbedienteile benötigten. Auffälligerweise habe die Ag im Preisblatt einen Abruf von 8.000 Sende- und Empfangsstellen und 15.000 (Einfach-)Bedienteilen angekündigt. Dies lasse sich nur so erklären, dass die Ag von vornherein der Bg den Zuschlag erteilen und deren Einfachbedienteile durch das Software-Upgrade zu Mehrfachbedienteilen „umwidmen“ wollte. Schließlich sei der mit einer losweisen Vergabe verbundene Aufwand auch nicht unverhältnismäßig, denn die Ag müsse vorliegend lediglich insgesamt zwei Lose bilden. Das Los für die Mehrfachbedienteile würde nach den Mengenangaben der Ag ca. 3 bis 4% des Gesamtauftragswerts ausmachen und überschreite um ein Mehrfaches den Schwellenwert.

- Die ASt meint, die Ag benötige die in Nr. C.3.6.7 der LB genannten Multicontrolheads nach wie vor. Allein der Bedarf der […] liege bei ca. 400 Stück im Jahr. Wie das Mengengerüst der Ag für Einfachbedienteile zeige (15.000 Einfachbedienteile für 8.000 Funkgeräte), rechne die Ag den tatsächlichen Bedarf unzutreffenderweise klein.

- Ein weiterer Vergabeverstoß der Ag bestehe darin, dass sie sich mit dem Verzicht auf eine losweise Vergabe nicht vor Beginn des Verfahrens ausführlich auseinandergesetzt habe. Solche Dokumentationsmängel seien nicht nachträglich heilbar; die Ag trage für die Rechtmäßigkeit des Losverzichts die Darlegungs- und Beweislast.

- Laut ASt gebe es mehrere „Hinweise“, dass das Vergabeverfahren produktspezifisch auf die Bg ausgerichtet sei. Andere Anbieter hätten trotz des hohen Auftragsvolumens und der weltweit erheblichen Bedeutung dieses Auftrags nicht an dem Vergabeverfahren teilgenommen. Die Bg bekomme dadurch ein Monopol auf solche Geräte. Die von der Bg nunmehr angebotene „Switch-Lösung“ sei zudem keine echte, d.h. parallele Mehrfachbedienung, weil je nach Kommunikation mit den Einsatzkräften vor Ort und der Leitstelle jedes Mal umgeschaltet werden müsse. Dass die Ag diesen schwerwiegenden technischen Nachteil hinnehme, sei ein weiteres Indiz dafür, dass das Vergabeverfahren auf Bg zugeschnitten sei. Abgesehen davon benötige auch die Lösung der Bg weitere Teile (Kabel, Anschlussboxen, Schalter etc.) und sei nicht mit den Endgeräten anderer Hersteller kompatibel, so dass sich die Ag dauerhaft von der Bg abhängig mache.

- In der mündlichen Verhandlung trägt die ASt zusätzlich vor, dass die Anforderungen an das zu liefernde Multicontrolhead in Nr. C.3.6.7 der LB nicht hinreichend bestimmt genug beschrieben seien.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten;
2. der Ag zu untersagen, den Zuschlag vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens zu erteilen;
3. zu entscheiden und vorzugeben, dass das Vergabeverfahren aufgehoben werden muss,
4. der Ag aufzugeben, im Falle eines Neustarts des Vergabeverfahrens ein Los für die u.a. von der ASt angebotenen Mehrfachbediengeräte vorzugeben,
5. die Vergabeakten beizuziehen und der ASt Akteneinsicht zu gewähren;
6. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten der ASt aufzuerlegen;
7. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen, soweit er sich darauf richtet, den Zuschlag auf die gesamte Leistung bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens zu versagen,
2. den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen, soweit er sich auf die Aufhebung der gesamten Ausschreibung richtet,
3. hilfsweise den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen, soweit die Aufteilung in ein Los „Mehrfachbediengeräte“ begehrt wird,
4. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Da die ASt kein Produzent von Funkgeräten sei und an der Abgabe eines Angebots auf den Hauptleistungsgegenstand Funkendgeräte kein Interesse habe, meint die Ag, die ASt sei hinsichtlich der Vergabe der Hauptleistung nicht antragsbefugt. Durch die Erteilung des Auftrags über die Hauptleistung an die Bg werde die ASt auch nicht in ihren Rechten verletzt.

Ferner sei die ASt mit ihrem Einwand gegen die unterbliebene Losaufteilung präkludiert, weil bereits aus der Bekanntmachung vom [...] 2016 klar erkennbar sei, dass kein

gesondertes Los für Zubehör wie Mehrfachbedienteile gebildet worden war. Dass es sich bei solchen Bedienteilen um „Zubehör“ handele, sei der ASt als Unterlieferantin der Bg bereits seit 2009 bewusst als diese Leistung mit fast gleichlautendem Text ebenfalls ohne Losaufteilung ausgeschrieben worden war. Da es keine CPV-Nummer für Mehrfachbedienteile gebe, hätte kein Interessent für solches Zubehör allein anhand der CPV-Nomenklatur Ausschreibungen über diese Geräte identifizieren können. Etwaige Interessenten hätten sich die notwendigen Detailinformationen kostenfrei von der elektronischen Vergabeplattform besorgen müssen. Auch das Gespräch der ASt mit dem Mitarbeiter der Ag auf einer Messe in Leipzig stehe ihrer Präklusion nicht entgegen, weil zu diesem Zeitpunkt die Bewerbungs- und damit die Rügefrist bereits seit drei Wochen abgelaufen gewesen sei. Die Antwort dieses Mitarbeiters habe sich zudem nicht auf das Zubehör der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung bezogen.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil die Ag kein Los für die Mehrfachbediengeräte hätte bilden müssen. Bereits in ihren Rügeantworten habe die Ag auf die Schnittstellenprobleme, das Kompatibiliätserforderrnis, den Zwang zur Softwareangleichung, die Zuordnung der Mängelhaftung, Schwierigkeiten bei der Logistik und die Komplexität des Schulungsaufwands bei der Verwendung von Hard- und Software eines Drittanbieters hingewiesen. Bei der geschätzten Abnahmemenge von 300 Multicontrolheads handele es sich im Verhältnis zur Menge der einfachen Bedienteile von 15.000 Stück um einen so verschwindend geringen Anteil, dass der Auftrag im Fall der Losaufteilung unwirtschaftlich zersplittert würde. Der öffentliche Auftraggeber müsse dies nicht hinnehmen, sondern habe insoweit ein Leistungsbestimmungsrecht. Zudem sei eine Losaufteilung unwirtschaftlich, wenn sie die Überwachung und Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen ungewöhnlich erschwere. Da das Mehrfachbedienteil der ASt eine andere Software als das anzusteuernde Funkendgerät habe, wäre im Falle einer Inkompatibilität beider Komponenten oder im Falle eines Updates die Software beider Hersteller betroffen. Der Ag wäre es kaum möglich, einen etwaigen Softwarefehler einem Vertragspartner bzw. dessen Produkt zuzuordnen. Angesichts des vorliegenden Einsatzzwecks im Sicherheitsbereich sei es der Ag unzumutbar, das Risiko der fehlenden Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems zu tragen. Nachdem es bereits in der Vergangenheit technische Probleme beim Zusammenwirken des Mehrfachbedienteils der ASt und dem Sende-/Empfangsteil der Bg gegeben habe, die sich ungünstig auf die Betriebsbereitschaft der jeweiligen Funktechnik ausgewirkt hätten, wolle sich die Ag nicht in die Rolle eines „Generalübernehmers“ begeben. Vielmehr solle die Verantwortung für die

Systemkompatibilität und Softwarepflege wie bisher bei einem einzigen Auftragnehmer liegen. Da der Bedarf der Berliner Polizei nicht mit dem der hiesigen Bedarfsträger vergleichbar sei, komme es nicht darauf an, dass diese Mehrfachbedienteile als gesondertes Los ausgeschrieben habe.

Es treffe nicht zu, dass der Inhalt der Teststellung von der Bg vorgegeben worden sei, sondern allein von der Vergabestelle und Vertretern der Bedarfsträger. Der Ag sei auch keine Kritik an den Ergebnissen der Teststellung bekannt. Des Weiteren treffe es nicht zu, dass die Ag die Ausschreibung auf die Bg zugeschnitten habe. So könne die Digitalfunktechnik in der ausgeschriebenen Ausführung auch von anderen Anbietern geliefert werden. Die Funktionsanforderung an das Multicontrolhead werde in Nr. C.3.6.7 der LB neutral und branchenüblich beschrieben und ein Ausweichen auf Drittanbieter zugelassen. Dass die Ag den künftigen Bedarf auf 8.000 Endgeräte und 15.000 Einfachbedienteile geschätzt habe, beruhe auf den entsprechenden Angaben der Bedarfsträger. Die Anzahl der Bedienteile sei deshalb höher, weil in größeren Fahrzeugen und speziellen Räumlichkeiten zentral verbaute Funkgeräte lagebedingt von verschiedenen Personen bedient werden müssten.

Schließlich – so führt die Ag weiter aus – sei es fraglich, ob es in Zukunft überhaupt zu einem signifikanten Abruf von Mehrfachbedienteilen kommen werde. Ausgeschrieben worden seien ursprünglich 300 Mehrfachbediengeräte mit kleinerem technischen Umfang als das von der ASt vertriebene Gerät […]. Anlässlich der Angebotsauswertung und der Teststellung habe die Ag festgestellt, dass sie kein zusätzliches Gerät zur Ansteuerung von zwei Digitalfunkgeräten mehr benötige, die gewünschte Funktionalität könne ebenso gut und kostengünstiger durch eine Software-Lizenz der Bg mit dem Einfachbediengerät erreicht werden. Die Ag habe keine Informationen darüber, dass andere Bedarfsträger wie der […] Mehrfachbedienteile bestellen wollten. Der […] könne sich ggf. jederzeit aus dem aktuell laufenden Rahmenvertrag mittels des Kaufhauses des Bundes bedienen. Des Weiteren treffe es nicht zu, dass die Software-Lösung der Bg keinen Parallelbetrieb ermögliche, deren Lösung erfülle vielmehr alle notwendigen Funktionen.

c) Durch Beschluss vom 16. November 2016 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese gibt keine schriftlichen Stellungnahmen ab, nimmt aber an der mündlichen Verhandlung teil und erläutert hier ausführlich die von ihr angebotene Softwarelösung, die

aus ihrer Sicht dieselben Funktionen erfülle, wie das in Nr. C.3.6.7 der LB ausgeschriebene Multicontrolhead.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 28. November 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet, weil die von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht vorliegen oder diese nicht in ihren Rechten verletzen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

   Die ASt ist antragsbefugt i.S.d. § 107 Abs. 2 GWB. Denn auch wenn sie selbst kein Angebot abgebeben hat, macht sie als Lieferantin von Mehrfachbedienteilen schlüssig geltend, durch den – aus ihrer Sicht vergaberechtswidrigen – Verzicht der Ag, Lose für solche Geräte zu bilden, nicht mit einem zuschlagsfähigen Angebot an dem Vergabeverfahren teilnehmen zu können. In einem solchen Fall dokumentiert ein Antragsteller sein Auftragsinteresse durch seine Rüge und den anschließenden Nachprüfungsantrag (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2013, VII-Verg 35/12 m.w.N.).

   Die Rüge der ASt vom 13. Oktober 2016, dass die Ag zu Unrecht keine Lose gebildet habe, erfolgte rechtzeitig i.S.d. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB, da die ASt nach eigenem (unstreitigen) Bekunden erst zwei Tage vorher erfahren hatte, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung nicht nur Funkendgeräte, sondern auch die von ihr hergestellten Mehrfachbedienteile umfasse. Früher, nämlich gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB bis zum

Ablauf der Bewerbungsfrist am 13. Mai 2016, 11.30 Uhr, brauchte die ASt nicht zu rügen. Denn dass das Vergabeverfahren so ausgestaltet ist, dass die ASt der Ag keine Mehrfachbedienteile würde anbieten können, war für die ASt nicht zu einem früheren Zeitpunkt erkennbar. So war zwar der Bekanntmachung zu entnehmen, dass die Ag keine Lose bildet (Ziffer II.1.8), aber nicht, dass der derzeitige Bedarf der Ag für Mehrfachbedienteile, für die die ASt die Losbildung begehrt, bereits durch dieses Vergabeverfahren gedeckt werden würde. Denn die in Ziffer II.1.6 der Bekanntmachung genannte CPV-Nummer betraf nur „Funksendegeräte mit eingebautem Empfangsgerät“ und lies damit keine weiteren Rückschlüsse auf den ausgeschriebenen Vertragsinhalt zu. Das Beschaffungsvorhaben selbst wurde mit der Formulierung „Lieferung digitaler Endgeräte (…), Zubehör“ beschrieben (Ziffer II.1.5 der Bekanntmachung). Mehrfachbediengeräte wie sie die ASt vertreibt, stellen jedoch nicht eindeutig „Zubehör“ zu Endgeräten dar, wie beispielsweise Kabel, Stecker etc. Vielmehr erweitern Mehrfachbedienteile den Anwendungsbereich von Endgeräten, indem sie die Verbindung mehrerer Funkgeräte ermöglichen. Da es zur Gewährleistung wettbewerbsoffener, transparenter und diskriminierungsfreier Vergabeverfahren Sache des öffentlichen Auftraggebers ist, seinen Bedarf in der Bekanntmachung so zu beschreiben, dass die potentiellen Interessenten hierüber eindeutig informiert werden, gehen solche Mehrdeutigkeiten zu seinen Lasten. Dies führt gleichermaßen dazu, dass es potentiellen Bietern wie der ASt nicht obliegt, sich angesichts einer mehrdeutigen Bekanntmachung zusätzlich die Vergabeunterlagen zu beschaffen, um insbesondere aus der Leistungsbeschreibung größere Klarheit über den Ausschreibungsinhalt zu bekommen.

Zugunsten der ASt ist vorliegend davon auszugehen, dass sie mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 2. November 2016 die Frist von 15 Kalendertagen des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gewahrt hat. Der 15. Kalendertag fiel, da die Ag ihre Nichtabhilfemitteilung am 17. Oktober 2016 versandte, auf den 1. November 2016, also einen Tag, der am Sitz der Vergabekammer, aber nicht am Sitz der ASt (oder ihres Verfahrensbevollmächtigten) ein Feiertag war. Gemäß § 31 Abs. 3 VwVfG, § 193 BGB kommt es in einem solchen Fall auf den „Erklärungsort“ an, also auf den Ort, an dem gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB der Nachprüfungsantrag einzureichen ist; hier also der Sitz der Vergabekammer. Nach diesen Vorschriften endeten die 15 Kalendertage mithin am nächsten Werktag, also am 2. November 2016. Die Vergabekammer hat zwar Bedenken, ob § 31 Abs. 3 VwVfG, § 193 BGB auf „Kalendertage“ i.S.d. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB überhaupt anwendbar sind (ablehnend zu der insoweit gleichlautenden Formulierung in § 13 VgV a.F.: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Mai 2008,

VII-Verg 11/08), legt die Rechtsbehelfsfrist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB aufgrund der bestehenden Zweifel jedoch zugunsten der ASt aus.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, die von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße liegen nicht vor bzw. verletzen diese nicht in ihren Rechten. Dies gilt sowohl für die Rechtmäßigkeit der Gesamtvergabe (dazu unter a)), die Dokumentation (dazu unter b)), die angeblich fehlende Produktneutralität (dazu unter c)) sowie die weiteren von der ASt angesprochenen Vergabefehler (dazu unter d)).

   Vorauszuschicken ist zunächst, dass der Nachprüfungsantrag nicht bereits deshalb unbegründet ist, weil die Ag behauptet, keine Mehrfachbedienteile i.S.d. Nr. C.3.6.7 der LB mehr zu benötigen, weil sie die entsprechende Funktion jetzt mithilfe einer von der Bg angebotenen Softwarelösung erhalte. Zwar wäre ein Nachprüfungsantrag, dass Lose hätten gebildet werden müssen, erfolglos, wenn der Beschaffungsbedarf für diesen Auftragsteil nachträglich entfällt und der Auftraggeber hieraus entsprechende nach außen dokumentierte Konsequenzen (z.B. Aufhebung, Änderung der Vergabeunterlagen) zieht. Denn mangels bestehenden Bedarfs würde der betreffende Auftraggeber ein solches Los auch auf entsprechende Anordnung der Vergabekammer hin auch zukünftig nicht ausschreiben und der Antragsteller käme aus rein tatsächlichen Gründen nicht zu der von ihm begehrten Angebotsabgabe. Vorliegend verhält es sich jedoch so, dass die Ag das Vergabeverfahren, das u.a. die Lieferung von 300 Multicontrolheads umfasst, weiterhin durchführt. Eine (Teil-) Aufhebung, weil diese Multicontrolheads jetzt nicht mehr „abgesetzt in Form eines Standard-Bedienteils oder eines Hörer-/Bedienteils“, also als eigenständige Hardware (s. Nr. C.3.6.7 der LB), sondern wie von der Bg angeboten in Form einer Softwarelösung beschafft werden sollen, ist nicht erfolgt. Damit ist für die Entscheidung der Vergabekammer davon auszugehen, dass der ursprüngliche Beschaffungsbedarf i.S.d. Nr. C.3.6.7 der LB weiterhin (möglicherweise lediglich in geringerem Umfang) fortbesteht und mit der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung – aus Sicht der ASt zu Unrecht – gedeckt werden kann.

   a) Die Gesamtvergabe ist nicht zu beanstanden. Denn selbst wenn es möglich wäre, ein separates Fachlos für Mehrfachbediengeräte oder Multicontrolheads zu bilden, liegen vorliegend insbesondere technische Gründe vor, die ausnahmsweise die Gesamtvergabe von Funkendgeräten und Multicontrolheads gemäß § 97 Abs. 3 S. 3 GWB erfordern.

Ob solche Gründe die Unterlassung der Bildung von Fachlosen rechtfertigen, ist anhand des vom öffentlichen Auftraggeber definierten Bedarfs zu prüfen. Es ist grundsätzlich allein seine Sache zu bestimmen, ob, wann und mit welchen Eigenschaften er etwas beschaffen will (sog. Leistungsbestimmungsrecht, vgl. zur Losbildung: OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. März 2012, VII-Verg 92/11 m.w.N., und vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11). Dementsprechend kommt dem öffentlichen Auftraggeber eine von den Nachprüfungsinstanzen nur beschränkt im Nachprüfungsverfahren zu kontrollierende Einschätzungsprärogative zu (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 25. April 2012, VII-Verg 100/11; und vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11). Eine Gesamtvergabe kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn bei der gebotenen Abwägung der widerstreitenden Belange die hierfür sprechenden Gründe überwiegen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012, VII-Verg 92/11 m.w.N.).

Die Ag beruft sich vorliegend insbesondere auf technische Gründe i.S.d. § 97 Abs. 3 S. 3 GWB und zwar konkret auf Schnittstellenprobleme, Risiken in der Kompatibilität der einzelnen Geräte und Schwierigkeiten, etwaige Mängel eindeutig zuordnen zu können, wenn sie den Auftrag nicht an einziges Unternehmen vergibt. Zwar rechtfertigen der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen für sich allein eine Gesamtvergabe nicht, weil es sich dabei um einen Fachlosvergaben immanenten und damit typischen Mehraufwand handelt, der nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012, VII-Verg 92/11). Vorliegend ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Beschaffungsbedarf der Ag nicht darin besteht, unabhängig voneinander zu erbringende und funktionierende Teilleistungen einzukaufen (wie etwa unterschiedliche Gewerke eines Bauwerks oder Glasreinigungsleistungen einerseits und Unterhaltsreinigungsleistungen andererseits). Vielmehr benötigt die Ag ein funktionsfähiges Gesamtsystem bestehend u.a. aus Funkendgeräten und Mehrfachbedienteilen, die diese miteinander verbinden, um von den Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) genutzt werden zu können. Dementsprechend sind für diesen Fall technische Gründe, die ausnahmsweise gemäß § 97 Abs. 3 S. 3 GWB den Verzicht auf eine Losaufteilung gestatten, dann gegeben, wenn bei einer losweisen Ausschreibung das Risiko besteht, dass der Auftraggeber Teilleistungen erhält, die zwar jeweils ausschreibungskonform sind, aber nicht zusammenpassen und deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geeignet sind, den Beschaffungsbedarf in der angestrebten Qualität zu befriedigen (vgl. OLG Koblenz,

Beschluss vom 4. April 2012, 1 Verg 2/11). Das heißt, die hier aus einer Losvergabe für die Ag resultierenden Risiken gehen erheblich über das hinaus, was typischerweise mit einer Losvergabe verbunden ist. Dies ist hier aus folgenden Gründen der Fall:

Der konkrete Beschaffungsbedarf der Ag wird nur dann erfolgreich gedeckt, wenn nicht nur die einzelnen Komponenten Funkendgerät und Mehrfachbedienteil, sondern das Funksystem insgesamt störungsfrei funktioniert. Eine vollständige und jederzeitige Funktionsbereitschaft kann zwar kein Auftragnehmer garantieren, zumal sich der künftige Auftragnehmer gemäß Nr. C.3.6.7 der LB Multicontrolheads ggf. von einem dritten Anbieter beschaffen darf. In diesem Fall würde sich das „Funkgesamtsystem“ mithin aus Geräten unterschiedlicher Hersteller zusammensetzen, was grundsätzlich fehler- und störanfälliger sein kann, als wenn die einzelnen Komponenten von demselben Hersteller stammen und daher zwangsläufig besser aufeinander abgestimmt sind. Der maßgebliche Vorteil, den verfahrensgegenständlichen Auftrag insgesamt zu vergeben, besteht vorliegend jedoch im Hinblick auf eine jedenfalls höchstmögliche Gewährleistung einer störungsfreien und ständigen Funktionsfähigkeit darin, dass die Ag die Lieferung des Gesamtsystems „aus einer Hand“, also von einem einzigen Auftragnehmer, erhält. Dieser einzelne Auftragnehmer haftet gegenüber der Ag für die Funktionsbereitschaft des Gesamtsystems, ohne dass die Ag im Falle einer technischen Störung zunächst den oder die konkreten Verursacher ermitteln muss. Dass dies schwierig, streitanfällig und mit langen Verzögerungen verbunden sein kann, zeigt gerade der Vortrag der ASt zu den Erfahrungen aus der vorangegangenen Beschaffung der Ag ähnlicher Funkendgeräte samt Mehrfachbedienteil. Ohne dass es für die laufende Beschaffungsmaßnahme darauf ankommt, wer die damaligen Störungen verursacht hat oder hätte beseitigen müssen, führten die bisherigen Auseinandersetzungen mit der Bg und der ASt dazu, dass die Ag auf den „guten Willen“ eines der Lieferanten angewiesen war, wenn sie ein einsatzfähiges Funksystem möglichst schnell wieder den abrufbereiten Bedarfsträgern zur Verfügung stellen will. Funktionsausfälle oder -störungen zwischen den einzelnen Komponenten und damit des Gesamtsystems müssen zudem nicht stets auf technische Fehler zurückzuführen sein, sondern können auch dann entstehen, wenn – wie es nach den Angaben der Ag auch im ausgeschriebenen Vertragszeitraum der Fall sein kann – Softwareupdates erforderlich sind, die nicht nur im Funkendgerät, sondern auch im Multicontrolhead entsprechende technische Anpassungen erfordern. Unabhängig davon, worauf ein bei Geräten der ausgeschriebenen Art denkbarer Systemausfall oder eine nur eingeschränkte Funktionsfähigkeit beruht, sind der Ag Zeitverzögerungen, Diskussionen oder gar

Streitigkeiten und Mehrkosten nicht zuzumuten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. April 2012, VII-Verg 100/11). Dies gilt erst recht, wenn es – wie hier – um die jederzeitige und verlässliche Einsatzfähigkeit der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) geht (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15. November 2013, 15 Verg 5/13). Es ist nachvollziehbar und vergaberechtlich anzuerkennen, dass die Ag solche Risiken in Zukunft vermeiden will, indem sie die Lieferpflicht eines Gesamtsystems einem einzigen Auftragnehmer überträgt, der sich nicht auf das Fehlverhalten eines Dritten berufen kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2006, VII-Verg 40/06). Hinzu kommt der für den Auftraggeber maßgebliche Vorteil, dass für den Fall der Gesamtvergabe der Hauptauftragnehmer – soweit er die Mehrfachbediengeräte nicht ohnehin selbst herstellt, sondern sich eines Nachunternehmers bedient – die Kompatibilität der Komponenten besser „steuern“ kann, indem er den Nachunternehmer selbst auswählt. Demgegenüber wäre er bei einer Fachlosvergabe einem Nachunternehmer „ausgeliefert“ und die Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems wäre jedenfalls nicht von vornherein gewährleistet. Dies gilt trotz normierter Schnittstellen auch im vorliegenden Fall. Diese mögen zwar eine gewisse Gewähr für die Kompatibilität der Komponenten bieten, beinhalten aber dennoch das Risiko von Funktionsdefiziten, was allein schon durch die unstreitigen Probleme in der Vergangenheit belegt wird. Die Gesamtvergabe beinhaltet mithin auch für die Ag von vornherein eine größere Gewähr für die Lieferung kompatibler Komponenten und damit eines dauerhaft funktionsfähigen Gesamtsystems.

Darüber hinaus spricht viel dafür, dass es sich vorliegend um ein sog. Splitterlos handelt, so dass die Gesamtvergabe auch aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt wäre, da die gesonderte Wertung dieses Loses, der Vertragsschluss und die gesonderte Abwicklung des Vertrags im Verhältnis zu einer Gesamtvergabe erfahrungsgemäß zu unverhältnismäßigem Aufwand führt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11). Denn im Vergleich zu 15.000 von der Ag beschafften Einfachbedienteilen sollten ursprünglich nur 300 Multicontrolheads geliefert werden (= 2%). Darüber hinaus hat die Ag im Nachprüfungsverfahren angekündigt, wegen der von der Bg angebotenen Softwarelösung nicht einmal diese angekündigte Menge von 300 Stück aus dem Rahmenvertrag abzurufen. Für den von der ASt behaupteten Mehrbedarf der abrufberechtigten Stellen gibt es keinen Beleg. Die Ag hat vor der streitigen Vergabe die Bedarfe der Abrufberechtigten abgefragt (Bl. 1 f. der Vergabeakte), auch die von der ASt genannten Stellen waren an dieser Abfrage beteiligt (u.a. […]). Es spricht nichts dafür, an den entsprechenden Bedarfsmeldungen zu zweifeln.

Gegen die Zulässigkeit der Gesamtvergabe spricht auch nicht, dass – so die ASt – andere öffentliche Auftraggeber derzeit Lose für Mehrfachbedienteile bilden. Selbst wenn man zugunsten der ASt unterstellt, dass deren Beschaffungsbedarf mit dem der Ag vergleichbar ist, bedeutet dies angesichts der o.g. objektiv und nachvollziehbar bestehenden Risiken für die erfolgreiche Befriedigung des ausgeschriebenen Gesamtbedarfs der Ag nicht, dass sich auch die Ag hierauf einlassen muss. Wie bereits eingangs ausgeführt, ist für die Frage, ob auf eine Losbildung verzichtet werden darf, auf den vom betreffenden öffentlichen Auftraggeber bestimmten Bedarf abzustellen, aber nicht darauf, wie andere öffentliche Auftraggeber vorgehen. Wenn wie hier technische Gründe den Verzicht auf eine Losvergabe rechtfertigen, kommt es mithin nicht darauf an, dass es auch andere vergaberechtskonforme Wege gäbe, die jeweilige Leistung zu beschaffen.

Zwar trifft der Einwand der ASt zu, dass sich die Ag bei einer Gesamtvergabe gleichzeitig von dem betreffenden Auftragnehmer abhängig macht. Dies ist nach einer öffentlichen Ausschreibung, die einen einzelnen Wettbewerbsgewinner hervorbringt, jedoch stets der Fall und wird hier faktisch dadurch abgemildert, dass die Gesamtvergabe so wie sie hier ausgeschrieben und in den Wettbewerb gestellt worden ist, nicht zwangsläufig dazu führt, dass der öffentliche Auftragnehmer Geräte von ein und demselben Hersteller erhält (s. hierzu bereits oben). Abgesehen davon tangiert dieser Einwand der ASt zwar den Grundsatz des § 97 Abs. 3 S. 2 GWB, dass Leistungen grundsätzlich in Losen zu vergeben sind, um mehrere Anbieter an der Befriedigung des ausgeschriebenen Bedarfs zu beteiligen (vgl. zu Sinn und Zweck des § 97 Abs. 3 S. 2 GWB: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11). Wenn aber – wie hier – eine vergaberechtskonforme Ausnahme vom Gebot der Losvergabe i.S.d. § 97 Abs. 3 S. 3 GWB vorliegt, ist die damit verbundene wettbewerbsverengende Wirkung, dass die Beschaffung nur über ein einzelnes Unternehmen erfolgt, als vergaberechtskonform hinzunehmen.

Entscheidungsunerheblich ist ebenfalls der weitere von der ASt angesprochenen Aspekt, dass die Ag durch ihre Beschaffungsentscheidung nicht die aus Sicht der ASt technisch und damit auch wirtschaftlich optimale und passendste Leistung wählt, wenn sie kein Mehrfachbedienteil beschafft, wie es die ASt anbietet. Denn Vergaberecht soll nicht nur Bieterrechte eröffnen, sondern auch wirtschaftliche Leistungsbeschaffung gewährleisten, und der öffentliche Auftraggeber braucht als Nachfrager durch seine Ausschreibungen nicht bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen; vielmehr bestimmt er im Rahmen der

ihm übertragenen Aufgaben den daran zu messenden Beschaffungsbedarf sowie die Art und Weise, wie dieser gedeckt werden soll (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012, VII-Verg 92/11; Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11).

b) Wie oben unter a) festgestellt, ist die Entscheidung der Ag, keine Lose zu bilden, vergaberechtskonform. Daran ändert nichts, dass sie diese Entscheidung in der Vergabeakte selbst zwar nur knapp, aber bereits mit wesentlichen Argumenten begründet hat, die den Losverzicht tragen (Erforderlichkeit, an die zu liefernden Geräte einheitliche Anforderungen zu stellen, Einheitlichkeit der Bedienphilosophie, der Programmierungssoftware und des Servicekonzepts). Weitere Argumente sind von der Ag im Nachprüfungsverfahren vorgetragen worden. Es wäre eine der Prozessökonomie widersprechende Förmelei, wenn ein öffentlicher Auftraggeber die gebotene Dokumentation seiner im Ergebnis rechtmäßigen Vorgehensweise nicht im Nachprüfungsverfahren nachholen könnte. Etwas anderes gilt allenfalls dann, wenn die Rechtsstellung des Antragstellers durch die fehlende bzw. erst nachgeholte Dokumentation beeinträchtigt wurde (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Februar 2014, VII-Verg 29/13 m.w.N.). Hierzu hat die ASt nichts vorgetragen und auch sonst ist nicht ersichtlich, dass es der ASt wegen der angeblich zunächst unzureichenden Dokumentation des Losverzichts nicht möglich gewesen wäre, ihre Rechte im Nachprüfungsverfahren wahrzunehmen oder dass ihre Rechte auf den Zuschlag sonst hierdurch beeinträchtigt wurden.

c) Soweit die ASt vorträgt, das Vergabeverfahren sei nicht produktneutral, ist die ASt nicht in ihren Rechten verletzt.

Die ASt verweist diesbezüglich darauf, dass andere Anbieter außer der Bg an dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren nicht teilgenommen hätten, weil der Ausschreibungsgegenstand angeblich spezifisch auf die Bg zugeschnitten sei. Was die derzeit ausgeschriebene Gesamtvergabe angeht, könnte dies jedoch nur von solchen Unternehmen beanstandet werden, die auf den Gesamtauftrag bieten wollten. Hierzu zählt die ASt nicht, die nach ihrem eigenen Bekunden an der verfahrensgegenständlichen – und wie oben festgestellt vergaberechtskonformen – Ausschreibung nur als Nachunternehmer (z.B. der Bg) teilnehmen kann. Ein (potentieller) Nachunternehmer ist jedoch nicht antragsbefugt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. November 2014, VII-Verg 20/14 m.w.N.).

d) Anders als die ASt meint, ist das gegenständliche Vergabeverfahren auch nicht deshalb aufzuheben, weil die Ag nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht habe, dass sie nicht nur Endgeräte, sondern auch Multicontrolheads bzw. Mehrfachbediengeräte beschaffe. Dies wäre nur dann ein Vergaberechtsverstoß, auf den sich die ASt berufen könnte, wenn sie hierdurch in ihren eigenen Rechten verletzt worden wäre. Eine solche Rechtsverletzung der ASt läge wiederum nur dann vor, wenn die Ag tatsächlich für die von der ASt vertriebenen Geräte ein separates Los hätte ausschreiben müssen, auf das die ASt mangels ordnungsgemäßer Bekanntmachung kein Angebot abgegeben hat. Wie oben unter a) festgestellt, brauchte die Ag jedoch kein solches Los zu bilden.

Dasselbe gilt für die übrigen nicht substantiierten Beanstandungen der ASt, dass die Bg den Inhalt der Teststellung vorgegeben habe oder dass die Leistungsbeschreibung in Nr. C.3.6.7 zu unbestimmt sei. Selbst wenn die Ag hier vergabefehlerhaft gehandelt hätte, wäre die ASt hierdurch nur in ihren Rechten verletzt, wenn sie an der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung hätte teilnehmen können. Da kein Los für Mehrfachbedienteile/Multicontrolheads gebildet werden musste und die ASt sich an der (vergaberechtskonformen) Gesamtvergabe nicht beteiligen kann, ist dies nicht der Fall.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 GWB.

Da sich die Bg durch ihren Sachvortrag in der mündlichen Verhandlung aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt und dieses wesentlich gefördert hat, entspricht es der Billigkeit i.S.d. § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden ASt ebenfalls die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Bg aufzuerlegen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

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.

Behrens Dr. Dittmann