Bundeskartellamt

1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 17/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…],

gegen

[…]

- Antragsgegnerin -

[…],

- Beigeladene zu 1) -

[…]

- Beigeladene zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

wegen der Vergabe „Beschaffung von Körperschutzausstattung […]“, Los 1 und 2, Vergabeverfahren: […]“, Bekanntmachung: ABl. EU […], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Adamczak auf die mündliche Verhandlung vom 2. März 2017 am 6. April 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag für Los 2 zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht im Hinblick auf Los 2 hat die Antragsgegnerin erneut in die Wertung der Angebote einzutreten und die Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer vorzunehmen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu sieben Zehntel. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 2) tragen die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner zu drei Zehntel und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu je drei Zwanzigstel.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im Jahr 2015 die Beschaffung von Westen zur Körperschutzausstattung in zwei Losen jeweils als Rahmenvereinbarung im offenen Verfahren europaweit aus (unter dem Aktenzeichen […]). Los 1 betrifft die Beschaffung von mindestens 1.500 bis maximal 6.000 leichten Schutzwesten, Los 2 die Beschaffung von mindestens 500 bis maximal 2.000 schweren Schutzwesten.

Nachdem das Vergabeverfahren von der Ag zunächst in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetzt worden war, forderte die Ag die Bieter und damit die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladenen (Bg) zu 1) und 2), mit Schreiben vom 24. Mai 2016 auf (jetzt unter dem Aktenzeichen […]), erneut ein Angebot auf eines oder beide Lose abzugeben.

Die Vergabeunterlagen enthielten für jedes der beiden Lose eine Leistungsbeschreibung. Dort wurde unter Ziffer 1.1. unter der Überschrift „Verwendungszweck“ Folgendes ausgeführt:

> *„Die Körperschutzweste ... muss Schutz bei Angriffen mit Stichwaffen wie Messern, Spikes, Nägeln, Schraubenziehern oder ähnlichen langstieligen spitzen Gegenständen bieten. Des Weiteren muss der Schutz vor geworfenen oder geschleuderten Steinen, Metallstücken usw.*

bestehen. Sämtliche Teile müssen beständig gegen Säuren, Benzin und Nitroverdünnung sein und dürfen bei Brandmittelangriffen weder abtropfen noch entflammen.“

Nach Ziffer 1.2. („Beschreibung“) der jeweiligen Leistungsbeschreibung müssen die zu beschaffenden Schutzwesten unter anderem jeweils bestimmten Anforderungen der Technischen Richtlinie (TR) „Körperschutzausstattungen“ entsprechen, die auch den Vergabeunterlagen beilag. Zudem müssen in beiden Fällen bestimmte Druckknopf-Federteile für das Anbringen von (bereits bei der Ag vorhandenen) Armprotektoren am Schulterbereich der Weste vorhanden sein (vgl. 2.4.4. bzw. Ziffer 2.7. der Leistungsbeschreibung).

Nach Ziffer B 7.1.1. (Los 1) bzw. B 7.2.1. (Los 2) der Bewerbungsbedingungen (von der Ag als „Vergabeunterlage“ bezeichnet) sind als vorzulegende Prüfberichte unter anderem je ein Prüfbericht zu bestimmtem Chemikalienverhalten, bestimmtem Brennverhalten und bestimmten Prüfwerkzeugen mit dem Angebot einzureichen; für alle Anforderungen wird jeweils auf die TR „Körperschutzausstattungen“ Bezug genommen. Als Prüfwerkzeuge sind für Los 1 Messer (Klinge) K2, Nagel (Dorn) D2 sowie kantiger Wurf (Würfel) W 3 und für Los 2 Messer (Klinge) K4, Nagel (Dorn) D4 sowie kantiger Wurf (Würfel) W 5 vorgegeben.

Unter Ziffer B 8. der Bewerbungsbedingungen heißt es unter der Überschrift „Prüfung und Wertung der Angebote“ unter anderem:

„...
Das Angebot muss vollständig sowie rechnerisch und fachlich richtig sein und alle formalen Anforderungen erfüllen.
...
Die Bieter, deren Angebotsmuster als bedingungsgemäß beurteilt werden, werden zur Abgabe der Kurzerprobungsmuster aufgefordert. Die Kurzerprobungsmuster werden einer Kurzerprobung mit mehreren Teilnehmern unterzogen, die jeweils eine Bewertung abgeben.
... Die Einzelheiten zur Kurzerprobung und zur Verschleißprüfung ergeben sich aus der Anlage (12) ... und aus der Anlage (13).
Aus den in der Kurzerprobung erzielten Einzelbewertungen wird für jedes Angebot das arithmetische Mittel gebildet. Das arithmetische Mittel ergibt die Gesamtpunktzahl für die Kurzerprobung.
Die erreichte, durch das arithmetische Mittel ermittelte Punktzahl bei der Überprüfung der Kurzerprobungsmuster nach erfolgter Kurzerprobung auf Verschleiß wird der

Gesamtpunktzahl für die Kurzerprobung hinzugezählt und ergibt die Gesamtpunktzahl des Angebotes.
Angebote, die die Mindestpunktzahl von 55% der maximal erreichbaren Gesamtpunktzahl des Angebots ... nicht erreichen, werden von der weiteren Wertung ausgeschlossen.
...“

In den genannten Anlagen 12 und 13, den sog. Erprobungsrahmenplänen für Los 1 und 2 ist unter anderem Folgendes ausgeführt:

„...
2. <u>Ort und Beteiligte der Anwendererprobung</u>
Der Bedarfsträger regelt die beteiligten Dienststellen in eigener Zuständigkeit. Er stellt sicher, dass wenigstens 15 Erprobungsteilnehmer, davon mindestens 2 Frauen, die Angebote nach einheitlichem Standard gemäß Erprobungsrahmenplan erproben und bewerten.
...
9. ...
Bezüglich des Bewertungspunkts/Kriteriums Nr. 8 „Einsatzsituationen“ wird die Auswertung wie folgt vorgenommen:
Sollte ein Punkt (Fragebogen 8.1 bis 8.8) in der Kategorie Tragekomfort mit Antwort „C“ bewertet werden, so wird die gesamte Kategorie mit „C“ bewertet.
...“

Den Erprobungsrahmenplänen und damit den Vergabeunterlagen beigefügt waren die Fragebögen, die die Erprobungsteilnehmer nach der Kurzerprobung auszufüllen hatten. Diese enthalten insgesamt jeweils 20 Einzelfragen, für die eine Bewertung mit „A“, „B“ oder „C“ vorzunehmen war, die jeweils bestimmten Antworttexten zugeordnet sind. So lautete die Frage Nr. 2

„Wie ist die Haftwirkung der an der KSA-Weste befestigten Druckknöpfe zu den Oberarmprotektoren, insbesondere in den Einsatzsituationen?“

die Antwortmöglichkeit „C“

*„Die Protektoren bleiben **<u>in keiner</u>** oder **den wenigsten** Einsatzsituationen (weniger als 5 von 8) haften.“*

Zu Frage Nr. 5

„Wie lässt sich die KSA-Weste an Ihren Körper anpassen?“

hieß es in Antwort „C“

*„Anpassung ist **nicht** oder **nur mit fremder Hilfe** möglich."*

Die Fragen 8.1 bis 8.8 beziehen sich auf acht verschiedene Einsatzsituationen (unter anderem Laufen, Schusswaffengebrauch, Nutzen von Einsatzfahrzeugen), wobei die Bewertung mit der Antwortmöglichkeit „C" jeweils bedeutet, dass eine fehlende Anpassung an die Bewegungsabläufe vorliegt und die entsprechende Einsatztätigkeit unmöglich ist.

Die ASt sowie die Bg zu 1) und 2) gaben fristgerecht Angebote zum Los 1 bzw. Los 2 ab.

Die Kurzerprobung fand für das Los 1 mit über 15 Teilnehmern statt, im Los 2 nur mit sechs Teilnehmern (davon zwei Frauen). Weder die Angebote der ASt noch der Bg zu 1) und zu 2) wurden unter einer der Fragestellungen des Bewertungsbogens für die Kurzerprobung mit „C" bewertet (d.h. das arithmetische Mittel entsprach jeweils mindestens dem Punktwert für die Antwort „B"); insbesondere für die Fragestellungen Nr. 2, 5 und 8 erhielt keines der Angebote eine „C"-Bewertung.

Jeweils mit Schreiben vom 25. Januar 2017 informierte die Ag die ASt, dass sie beabsichtige, den Zuschlag für das Los 1 an die Bg zu 1) und den Zuschlag für Los 2 an die Bg zu 2) zu erteilen. Das jeweilige Angebot der ASt belege jeweils nicht den ersten Rang nach dem vorgegebenen Leistungs-Preis-Verhältnis.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 26. und 27. Januar 2017 rügte die ASt gegenüber der Ag die beabsichtigte Vergabeentscheidung. Mit Schreiben vom 30. und 31. Januar 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie den Rügen nicht abhelfe. Mit weiterem Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 2. Februar 2017 beanstandete die ASt gegenüber der Ag einen weiteren Verstoß die Wertung betreffend, der sich ihrer Ansicht nach erst aus der Rügebeantwortung vom 31. Januar 2017 ergebe.

Mit Schreiben vom 2. Februar 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 2. Februar 2017 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen die Ausgestaltung der Ausschreibung und die Wertung im vorliegenden Nachprüfungsverfahren. Insbesondere verstoße die Ag gegen den Transparenzgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB. Dies ergebe sich aus folgendem Umstand: Den Leistungsbeschreibungen zu den beiden Losen, nämlich aus der Erläuterung des

Verwendungszwecks der zu beschaffenden Schutzwesten, ließen sich Mindestanforderungen im Hinblick auf die Schutzeigenschaften der Westen entnehmen, die konsequenterweise K.O.-Kriterien darstellen würden. Eine Nichterfüllung der Mindestanforderung müsse danach zum Ausschluss führen; von diesen Vorgaben dürfe die Ag nicht abweichen. Andererseits würden die Bewertungsbögen für die Erprobung der Westen jedoch für die Antwortmöglichkeit „C“ (und damit eine Bepunktung mit 0 Punkten) Feststellungen vorsehen, die zugleich bedeuten würden, dass die im Rahmen des geschilderten Verwendungszwecks aufgestellten Mindestanforderungen nicht erfüllt seien. Es sei daher intransparent, ob dies zum Ausschluss oder nur zu einer schlechten Bewertung des Angebots führe, und berge die Gefahr der Manipulation des Wettbewerbs in sich; insofern würde auch gegen das Willkürverbot verstoßen. Denn die Ag halte sich damit die Möglichkeit offen, ein ihr missliebiges Angebot bereits deshalb auszuschließen, weil es den Verwendungszweck der Körperschutzausstattung nicht erfülle, und hinsichtlich anderer Angebote die Nichterfüllung des Verwendungszwecks nur im Rahmen der Bewertungsmatrix zu berücksichtigen, ohne das fragliche Angebot auszuschließen. Es sei daher nicht nachvollziehbar, auf Grundlage welcher Kriterien ein Angebotsausschluss erfolgen solle oder aber das Angebot in die Wertung mit einbezogen werde; die Abgrenzung zwischen Mindestkriterien und Bewertungskriterien sei verwischt. Es bestehe auch die Gefahr, dass die Angebote der Bieter wegen der widersprüchlichen Vorgaben auf unterschiedlichen Grundlagen (wegen unterschiedlichem Verständnis seitens der Bieter) erstellt worden seien und damit nicht mehr vergleichbar seien. Beispiele für entsprechende „C“-Bewertungen, die den Verwendungszweck nicht mehr gewährleisten würden, fänden sich bei den Fragen unter Nr. 2, 5 und 8. Eine Bewertung mit „C“ sei danach vorgesehen, wenn die Oberarmprotektoren in keiner oder den wenigsten Einsatzsituationen an der Weste hängen bleiben würden (Nr. 2) bzw. die Weste weder vor noch nach dem Anlegen an den Körper angepasst werden könne (Nr. 5). Ähnliches gelte für die unter Nr. 8 abgefragten Einsatzsituationen. Jede Bewertung mit „C“ würde dazu führen, dass die Westen nicht den nach dem Verwendungszweck geforderten Schutz für den Träger gewährleisten würden. Daher würde auch die latente Gefahr für die Ag bestehen, dass sie Schutzwesten erwerbe, die den in der Leistungsbeschreibung festgelegten Verwendungszweck nicht erfüllen würden.

Durch die beanstandete Ausschreibungsgestaltung sei auch der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB verletzt. Denn es würden diejenigen Bieter im Vergabeverfahren bevorteilt, die darauf vertraut bzw. spekuliert hätten, dass ihr niedrig bepreistes Angebot nicht wegen Nichterfüllung des Verwendungszwecks der Westen ausgeschlossen, sondern trotzdem in die Wertung einbezogen werde und lediglich kleine Abzüge in der Qualitätsbewertung erhalte. Eine

mangelhafte Produktqualität werde so de facto zu einem Aspekt, der sich lediglich auf der Ebene vertraglicher Erfüllungsansprüche auswirke, nicht aber im Vergabeverfahren. Bieter, die den vorgegebenen Verwendungszweck als Mindestanforderung ansehen würden, würden demgegenüber diskriminiert, da sie aufgrund der höheren Qualität ihrer Produkte auch zu einem höheren Preis anbieten müssten. Aufgrund der beanstandeten Vorgehensweise der Ag ergebe sich ein Einfallstor für qualitativ minderwertige Billigangebote.

Anders als die Ag meine, würden die Westen in der Erprobung nicht allein in Bezug auf Handhabung und Alltagstauglichkeit geprüft, sondern auch – nachdem die abstrakte Schutzwirkung der Westen nach der TR „Körperschutzausstattungen“ anhand der Nachweise geprüft worden sei – in einem zweiten Schritt in Bezug auf die konkrete Schutzwirkung in Einsatzsituationen. Insbesondere die Antwortmöglichkeiten, die für die Frage 2, 5 und 8 unter „C.“ vorgesehen sind, hätten direkte Auswirkungen auf die Schutzwirkung der Weste.

Die ASt sei mit ihrem Vorbringen nicht präkludiert. Insbesondere seien die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht aus den Vergabeunterlagen erkennbar im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB a.F. gewesen. Es könne von einem durchschnittlichen Bieter nicht erwartet werden, dass er erkenne, dass die in den Vergabeunterlagen fehlende Abgrenzung zwischen Mindest- und Bewertungskriterien zur Intransparenz der Vergabeunterlagen führe.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, den Zuschlag in dem Vergabeverfahren „[…] Lose 1 und 2“ hinsichtlich des Loses 1 auf das Angebot der Bg zu 1) und hinsichtlich des Loses 2 auf das Angebot der Bg zu 2) zu erteilen,
2. festzustellen, dass die ASt durch Vergabeverstöße der Ag in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB a.F. verletzt ist und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen der ASt zu verhindern,
3. die Vergabeakte beizuziehen und der ASt unverzüglich Akteneinsicht gemäß § 111 GWB a.F. zu gewähren,
4. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß § 128 Abs. 4 GWB a.F. aufzuerlegen.

Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der ASt werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Nach Ansicht der Ag ist der Nachprüfungsantrag der ASt schon unzulässig. Denn die von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße, die auf einem vermeintlichen Widerspruch zwischen Leistungsbeschreibung bzw. dem dort vermerkten Verwendungszweck einerseits und den Antwortmöglichkeiten zu den Bewertungsbögen der Kurzerprobung beruhten, seien bereits aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen und hätten daher gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB a.F. vor Ablauf der Angebotsfrist von der ASt gerügt werden müssen. Bei der ASt handele es sich zudem um eine sehr erfahrene Teilnehmerin an öffentlichen Vergabeverfahren im Bereich Körperschutzausstattung; ihr sei daher insbesondere die Vorgehensweise der Prüfung nach der TR „Körperschutzausstattungen“ vertraut. Die ASt sei zudem durch die vorangegangene Zurückversetzung des Vergabeverfahrens wegen der unklaren Bewertungskriterien besonders sensibilisiert gewesen.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes sei nicht gegeben. Unter Ziffer B 8. des Dokuments „Vergabeunterlage“ sei der Wertungsprozess klar beschrieben. Anders als die ASt meine, würden sich aus den Vergabeunterlagen objektiv keinerlei Anhaltspunkte dafür ergeben, dass innerhalb der Kurzerprobung die Schutzfunktion aus dem Verwendungszweck und damit die Mindestkriterien getestet und bewertet würden. Wie sich aus den Vergabeunterlagen ergebe, erfolge die Prüfung der Mindestkriterien, d.h. der Schutzfunktion (Stich-, Schlag-, Chemikalien- und Brandschutz), anhand der Vorgaben der TR „Körperschutzausstattungen“ und der danach vorgesehenen Prüfberichte, deren Vorlage gemäß den Ausschreibungsbedingungen mit dem Angebot vorgesehen gewesen sei. Es sei für alle Bieter eindeutig erkennbar gewesen, dass nur die Angebote zur Kurzerprobung zugelassen würden, die durch die eingereichten Prüfberichte und Herstellernachweise sowie anhand des übersandten Angebotsmusters die Erfüllung der Mindestkriterien bzw. der Schutzfunktion nachgewiesen und die konstruktiven Anforderungen aus den Leistungsbeschreibungen erfüllt hätten. Davon, dass die Schutzfunktion nicht geprüft worden sei, könne daher keine Rede sein. In der an die verifizierende Beurteilung anschließenden Kurzerprobung gehe es darum, die eingereichten Angebote mittels einer Anwendererprobung hinsichtlich ihrer Handhabung und Alltagstauglichkeit durch die Kurzerprobungsteilnehmer miteinander zu vergleichen und zu bewerten. Die Vorgaben dazu seien in den Kurzerprobungsplänen enthalten; eine Prüfung der Mindestkriterien sei danach nicht vorgesehen und erfolge auch nicht. Den den Vergabeunterlagen beigefügten Kurzerprobungsplänen hätten

die Bieter eindeutig entnehmen können, wie die Erprobung im Einzelnen durchgeführt werde. Nach allem sei für die Bieter eindeutig ersichtlich gewesen, wann ein Angebot auszuschließen sei und wann es für eine Kurzerprobung zugelassen und damit in die Bewertung einbezogen werde. Insbesondere sei auch eindeutig, dass keine Doppelbewertung der Schutzfunktion stattfinde.

Im Übrigen würde die jeweilige Antwortmöglichkeit „C“ der Fragestellungen Nr. 2, 5 und 8 entgegen der Auffassung der ASt tatsächlich nicht die Schutzfunktion, d.h. Stich-, Schlag-, Chemikalien- und Brandschutz, beseitigen. Eine Beantwortung mit „C“ im Fall der Nr. 2 bedeute keine Verminderung der Schutzwirkung der eigentlichen Westen und auch nicht zwangsläufig ein Verrutschen und dadurch verminderte Schutzwirkung der Oberarmprotektoren, die im Übrigen bereits bei der Ag vorhanden und daher auch nicht Bestandteil der ausgeschriebenen Lieferleistungen seien. Gleichfalls werde die eigentliche Schutzwirkung der Westen nicht dadurch beeinträchtigt, dass – wie die Antwort „C“ unter Nr. 5 vorsehe – die Weste sich nur mit fremder Hilfe anpassen lasse. Schließlich könne die Schutzfunktion der Westen auch dann nicht als beeinträchtigt angesehen werden, wenn in den unter Nr. 8 aufgeführten Einsatzsituationen die Ausführung der jeweiligen Standardsituation nicht oder nur schwer möglich sei. Hinzuweisen sei in diesem Zusammenhang, dass die Bewertung mit „C“ in einer der unter Nr. 8 aufgeführten Fragestellungen (Einsatzsituationen) die Nr. 8 insgesamt nur mit „C“ (= 0 Punkte) bewertet würde, da es sich hier um ein besonders wichtiges und gewichtetes Kriterium handele. Als weitere Absicherung gegen schlechte Produktqualität sei festgelegt, dass ein Angebot mit weniger als 55% der maximal erreichbaren Leistungspunktzahl ausgeschlossen werde.

Vor diesem Hintergrund sei auch ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Willkürverbot nicht gegeben. Die von der ASt vorgebrachten angeblichen Manipulationsmöglichkeiten seitens der Ag bestünden aufgrund der eindeutigen Vergabeunterlagen nicht.

Mit Beschluss vom 13. Februar 2017 sind die Bg zu 1) und zu 2) zum Verfahren hinzugezogen worden. Die Bg zu 1) stellt keine Anträge und trägt auch nicht schriftsätzlich vor.

Die Bg zu 2) beantragt,

1. das Nachprüfungsverfahren wird zurückgewiesen,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Bg zu 2) wird für notwendig erklärt,
3. der ASt werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Auch die Bg zu 2) macht geltend, dass der Nachprüfungsantrag der ASt bereits unzulässig sei, da die geltend gemachten Verstöße für einen fachkundigen Bieter wie die ASt aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen seien und bis zum Ablauf der Angebotsfrist hätten gerügt werden müssen.

Zudem sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Entgegen der Auffassung der ASt handele es sich nicht um eine unzulässige Vermischung von Mindest- und Bewertungskriterien. Dabei habe der ASt bereits auffallen müssen, dass sowohl für die leichte als auch die schwere Schutzweste ein und derselbe Einleitungssatz zum Verwendungszweck verwendet werde, obwohl sich die leichte Schutzsweste nach der TR „Körperschutzausstattungen“ durch besseren Tragekomfort und mehr Bewegungsfreiheit auszeichne, während sie umgekehrt auch keinen so starken Schutz wie die schwere Schutzweste biete. Die Mindestkriterien würden anhand der TR „Körperschutzausstattungen“ getestet, wie die Leistungsbeschreibung vorsehe. In der fraglichen Richtlinie würden objektive Tests zu den einzelnen Schutzeigenschaften vorgeschrieben, nicht jedoch Tests der praktischen Handhabung.

Während im Rahmen der Untersuchung der Mindestkriterien eine objektive Prüfung der unmittelbaren Schutzeigenschaften der Schutzweste selbst vorgenommen werde, würden die späteren Praxistests ihre praktische Tauglichkeit und die Verwendbarkeit während eines Einsatzes in typischen Situationen bewerten. Aus diesem Grund treffe der Praxistest auch keine Aussage zur stichhemmenden Schutzwirkung der Weste bzw. zur Widerstandskraft der Weste an sich. So handele es sich bei der Frage der Anbringung der Oberarmprotektoren und damit eines weiteren Schutzes (nur) um eine Zusatzfunktion. Auch bei den Bewertungen zur Praxis des Anlegens und Anpassens der Weste werde der grundsätzliche Schlag- und Stichschutz der Weste nicht in Frage gestellt, sondern (lediglich) die Leichtigkeit des Anziehens. Die von der Bg zu 2) angebotene Schutzweste habe im Übrigen alle geforderten Prüfungen nach der TR „Körperschutzausstattungen“ bestanden. Es handele sich auch nicht um ein minderwertiges Produkt.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 2. März 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 2. März 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 GWB a.F. zunächst bis zum

23. März 2017 einschließlich und mit Verfügung des Vorsitzenden vom 16. März 2017 bis zum 6. April 2017 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Da das streitgegenständliche Vergabeverfahren vor dem 18. April 2016 begonnen hat, ist gemäß § 186 Abs. 2 GWB n.F. das vor dem 18. April 2016 geltende Recht anwendbar. Bei den nachgenannten Vorschriften handelt es sich daher um die entsprechenden GWB-, VgV- und VOL/A-Vorschriften in der vor dem 18. April 2016 geltenden Fassung.

Der Nachprüfungsantrag ist vollumfänglich zulässig, aber nur teilweise begründet.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist gegeben.

   Insbesondere ist der Nachprüfungsantrag statthaft. Denn Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sind einem öffentlichen Auftrag gleichzustellende Rahmenvereinbarungen über Lieferleistungen (vgl. auch § 103 Abs. 5 Satz 1 GWB n.F.), die den maßgeblichen Schwellenwert überschreiten. Die Vergabekammer des Bundes ist auch gemäß §§ 104 Abs. 1, 106a Abs. 1 Nr. 1 GWB zuständig.

   Die ASt ist zudem gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots dokumentiert und Vergaberechtsverstöße geltend gemacht, die bei Vorliegen ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt haben können, so dass sie das Drohen eines Schadens hinreichend dargelegt hat.

   Der Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB ist die ASt nachgekommen. Insbesondere ist die ASt nicht nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Denn unabhängig von der Frage, ob es sich bei der zweiten Angebotsfrist (nach Zurückversetzung des Vergabeverfahrens) um eine Präklusionsfrist nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB handeln kann (vgl. VK Bund, Beschluss vom 12. Dezember 2013, VK 1-101/13), scheidet eine Präklusion jedenfalls schon deshalb aus, weil die nunmehr geltend gemachten Vergaberechtsverstöße jedenfalls in rechtlicher Hinsicht nicht als erkennbar anzusehen sind.

Zwar waren die tatsächlichen Grundlagen für die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße aus den Vergabeunterlagen unmittelbar erkennbar. Die entsprechenden Rechtsverstöße würden sich jedoch lediglich aus den das Vergabeverfahren bestimmenden allgemeinen (und allgemein formulierten) Rechtsgrundsätzen und deren Auslegung durch die Rechtsprechung ergeben. Insoweit kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die fraglichen rechtlichen Schlussfolgerungen der ASt bzw. einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter ohne weiteres offenbart hätten (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2015, VII-Verg 35/14).

Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag hat in der Sache nur teilweise Erfolg. Der Nachprüfungsantrag ist zurückzuweisen, soweit die ASt geltend macht, dass die Wertungsgrundlagen bzw. die Wertungskonzeption in Bezug auf die zu erzielenden Leistungspunkte intransparent und diskriminierend seien und willkürliche Wertungsentscheidungen der Ag ermöglichen würden (siehe unten a)). Im Hinblick auf Los 2 ist allerdings festzustellen, dass die Ag die Kurzerprobung für dieses Los nicht nach den von ihr selbst vorgesehenen und in den Vergabeunterlagen gegenüber den Bietern bekanntgegebenen Regeln erfolgt ist, so dass die ASt insoweit in ihren Rechten verletzt ist (siehe unten b)).

   a) Die ASt macht mit ihrem Nachprüfungsantrag geltend, dass die streitgegenständlichen Vergabeunterlagen missverständlich dahingehend formuliert seien (bzw. die Ag sich hier unzulässige Bewertungsspielräume schaffe), ob hinsichtlich der geforderten Schutzwirkung der Westen, wie sie im Verwendungszweck (Ziffer 1.1. der Leistungsbeschreibung) definiert sei, Mindestanforderungen und damit Mindest- bzw. Ausschlusskriterien aufgestellt worden seien oder eine fehlende Schutzwirkung nur zu einer schlechteren Erprobungsbewertung – und zwar mit der jeweiligen Antwortmöglichkeit „C“ – führe und nicht den Angebotsausschluss nach sich ziehe. Basierend auf dieser Unklarheit macht die ASt Verstöße gegen den Transparenzgrundsatz und das Diskriminierungsverbot sowie das Willkürverbot geltend. Die von der ASt behauptete Unklarheit ist jedoch den Vergabeunterlagen schon in tatsächlicher Hinsicht nicht zu entnehmen.

Maßgeblich für die Auslegung und das Verständnis von Vergabeunterlagen ist der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter (vgl. nur BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13). Hierzu ist auf einen durchschnittlichen verständigen sowie fach- und sachkundigen Bieter abzustellen, der mit den ausgeschriebenen Leistungen vertraut ist (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 5. Dezember 2007, 1 Verg 7/07, m.w.N.). Nach diesem Maßstab ist den Vergabeunterlagen zum einen mit der nötigen Eindeutigkeit zu entnehmen, dass die auch unter Ziffer 1.1. der Leistungsbeschreibung angesprochene Schutzwirkung gegenüber chemikalischen, physischen oder sonstigen Einwirkungen unabdingbare Leistungsanforderung ist und über die Vorlage entsprechender Nachweise abgesichert wird und damit auch nicht in die Bewertung der Angebote im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung eingeht. Zum anderen ist den Vergabeunterlagen deutlich zu entnehmen, dass die Bewertung im Rahmen der Kurzerprobung als Teil der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung nicht mehr die vorgenannte Schutzwirkung zum Gegenstand hat, sondern die Handhabung und Benutzerfreundlichkeit bzw. Alltagstauglichkeit. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Wie in einem Vergabeverfahren die Wertung der Angebote vorgenommen werden soll, ist den entsprechenden Teilen der Vergabeunterlagen zu entnehmen, die sich mit diesem Aspekt beschäftigen. Vorliegend handelt es sich dabei zum einen um den Abschnitt der Bewerbungsbedingungen, also der Ausschreibungsbedingungen im engeren Sinne, der sich damit beschäftigt und im Dokument „Vergabeunterlage“ anhand der Überschrift „B 8. Prüfung und Wertung der Angebote“ ohne Mühe von den Bietern als solcher identifiziert werden konnte. Aus diesem Abschnitt B 8. ergibt sich zum einen, dass die Angebote auf Vollständigkeit geprüft werden; hierauf wird im Folgenden noch einzugehen sein. Zum anderen ergibt sich daraus, dass die einzige (graduelle) Bewertung der Angebote mit mehr oder weniger Punkten – im Gegensatz zu den ansonsten aufgeführten Ausschlusskriterien (Mindestanforderungen) – im Rahmen der Kurzerprobung vorgesehen ist, und zwar zum einen eine Bewertung im Rahmen der Kurzerprobung selbst durch die Erprobungsteilnehmer und zum anderen eine Bewertung des Grads des Verschleißes aufgrund der Kurzerprobung. Für die Einzelheiten der Kurzerprobung und Verschleißprüfung wird in Ziffer B 8. auf die Anlagen 12 und 13, die jeweiligen Erprobungspläne, verwiesen. In den dort beigefügten Fragebögen für die Bewertung der Kurzerprobung durch die Erprobungsteilnehmer beschäftigen sich die zu beantwortenden Fragen mit verschiedenen Anwendungseigenschaften und Nutzungs- bzw. Einsatzsituationen, wie die Montage/Demontage der Schutzplatten, Haftwirkung

von Oberarmprotektoren, Möglichkeit der Anpassung der Weste an den jeweiligen Körper, Gewichtsbelastung, Tragekomfort der Weste in bestimmten Einsatzsituationen (Laufen, Schusswaffengebrauch, Durchsuchung etc.), Geräuschentwicklung, Druck- und Scheuerstellen. Konkrete Schutzeigenschaften wie die Hieb- und Stichfestigkeit werden bei diesen Fragestellungen nicht angesprochen bzw. zur Bewertung gestellt. Nach allem ist zunächst nicht ersichtlich, wie bei einem potentiellen Bieter der Eindruck entstehen sollte – so aber die ASt –, dass im Rahmen der Kurzerprobung neben der Einsatztauglichkeit auch die Schutzwirkung der Weste bewertet werde.

Soweit die ASt sich hier wohl auf die Überlegung stützt, dass eine nicht einsatztaugliche Weste (d.h. mit „C“-Bewertungen bei den entsprechenden Fragen) in der Praxis dazu führt, dass sie nicht eingesetzt oder abgelegt wird und dann dem Träger im konkreten Fall keinen Schutz bietet bzw. bieten kann, beruht dies auf einer durch die Vergabeunterlagen nicht gedeckten Interpretation des Schutzbegriffs, wie er in Ziffer 1.1. der Leistungsbeschreibung verwendet wird. Danach muss die Schutzweste Schutz bei Angriffen mit Stichwaffen und geworfenen oder geschleuderten Steinen, Metallstücken etc. bieten, gegen bestimmte Chemikalien resistent sein und darf bei Brandmittelangriffen weder abtropfen noch entflammen. Es geht bei der in Rede stehenden Schutzwirkung somit nicht um einen allgemeinen Schutzbegriff, der die Einsatztauglichkeit mit umschließt (im Sinne einer Gesamttauglichkeit), sondern um die Festigkeit bzw. Beständigkeit der Weste gegenüber der Exposition mit bestimmten Angriffsmitteln und die entsprechenden physischen und sonstigen Materialeigenschaften der Weste. Dass diese Eigenschaften zwingend bei den angebotenen Westen gegeben sein müssen, ergibt sich dabei vor allem aus der Konkretisierung der Anforderungen an die Schutzeigenschaften in Ziffer 1.2. und auch 3. der Leistungsbeschreibung, die jeweils auf bestimmte Abschnitte der TR „Körperschutzausstattungen“ Bezug nehmen. Dass die Einhaltung dieser Anforderungen für die Bieter zwingend ist, ergibt sich zudem aus den Nachweisanforderungen nach Ziffer B 7.1.1. bzw. B 7.2.1. der „Vergabeunterlage“, wonach entsprechende Prüfberichte nach TR „Körperschutzausstattungen“ mit dem Angebot vorzulegen waren. Erfüllt eine Weste diese Eigenschaften nicht bzw. kann der Bieter dies nicht mit entsprechenden Prüfberichten nachweisen, führt dies zwingend zum Ausschluss des Angebots. Denn das Angebot weicht damit von den Vergabeunterlagen ab und ist zwingend nach § 19 EG Abs. 3 lit. d) VOL/A auszuschließen; fehlende und auf Nachforderung nicht rechtzeitig vorgelegte Nachweise ziehen gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A dieselbe Rechtsfolge nach sich. Der zwingende Ausschluss ergibt sich somit

direkt aus den Vergaberechtsnormen. Im Übrigen hat die Ag die einzureichenden Nachweise im Dokument „Abschließende Liste der einzureichenden Erklärungen und Nachweise“ ebenfalls aufgeführt und unter Ziffer B 8. der „Vergabeunterlage“ – wie bereits erwähnt – die Angebote der Prüfung auf Vollständigkeit ausdrücklich angeführt.

Sind die fraglichen Anforderungen und Bewertungsmodalitäten wie im vorliegenden Fall unmissverständlich und eindeutig formuliert, können Überlegungen einzelner Bieter, mit denen sie sich an die Stelle des Auftraggebers setzen und ein aus ihrer Sicht zielführenderes Wertungsvorgehen hineinlesen, nicht zu einer abweichenden Auslegung führen. Letztlich stellt die ASt nämlich auf den – aufgrund der vorliegenden Angebotswertung nur rein hypothetischen – Fall ab, dass eine angebotene Schutzweste zwar über die erforderlichen Prüfberichte nach der TR „Körperschutzausstattungen“ verfügt, aber derart unhandlich ist, dass sie für den praktischen Einsatz ungeeignet ist. Die Ag könnte dann unter Umständen, nämlich wenn der Angebotspreis entsprechend niedrig ist, gezwungen sein (wenn sie nicht stattdessen das Vergabeverfahren zurückversetzt und die Vergabeunterlagen überarbeitet), auf diese Weste den Zuschlag zu erteilen. Dies ist aber letztlich von der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers gedeckt, so lange nicht vergaberechtliche Grundsätze und Vorschriften im Einzelfall entgegenstehen. Dies ist – wie gesehen – vorliegend schon aus tatsächlichen Gründen nicht der Fall. Im Übrigen ist es im vorliegenden Fall wenig lebensnah, dass Unternehmen den Aufwand der Entwicklung von Schutzwesten und der Erwirkung der entsprechenden Prüfberichte auf sich nehmen, um ein letztlich nicht gebrauchsfähiges Produkt anbieten zu können.

b) Soweit die Ag für Los 2 den Zuschlag auf Basis der bislang erfolgten Wertung erteilen will, verstößt dies gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit nach § 97 Abs. 5 GWB sowie § 19 EG Abs. 8 VOL/A. Denn danach ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, den Bietern die Zuschlagskriterien einschließlich Gewichtung vor Angebotsabgabe bekanntzugeben und (nur) die bekanntgegebenen Wertungsvorgaben bei der Wertung (Wirtschaftlichkeitsbetrachtung) anzuwenden. Vorliegend hatte die Ag nach den den Vergabeunterlagen beigefügten Erprobungsrahmenplänen vorgesehen, dass die Kurzerprobung durch mindestens 15 Teilnehmer erfolgt. Dies ist im Fall von Los 2 tatsächlich – wie sich ohne Weiteres aus den Vergabeakten ergibt und von der Vergabekammer nach § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB aufgegriffen wurde – nicht geschehen, sondern die Erprobung erfolgte nur durch sechs Personen. Damit weicht die Ag von dem

bekanntgegebenen Wertungsvorgehen ab und verstößt gegen die vorgenannten Vorschriften. Damit geht auch eine Verletzung der ASt in ihren Rechten einher, denn es kann nicht vorhergesehen werden, wie die Bewertung durch neun weitere Personen ausgefallen wäre und wie sich dies zum bisher ermittelten arithmetischen Mittel verhält. Damit ist durchaus denkbar, dass die Bewertung für die ASt günstiger bzw. für andere Bieter schlechter ausfallen könnte und sich damit die Zuschlagschancen der ASt verbessern.

3. Aufgrund der unter 2.b) festgestellten Rechtsverletzung darf der Zuschlag für Los 2 nicht erteilt werden. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht seitens der Ag hat diese wieder in die Angebotswertung einzutreten, die Kurzerprobung mit weiteren neun Teilnehmern vorzunehmen, die anschließende Verschleißprüfung zu wiederholen und auf dieser Grundlage eine neue Angebotswertung vorzunehmen.

4. Der Antrag der ASt auf „umfassende Akteneinsicht“ mit Schriftsatz vom 29. März 2017 und damit deutlich nach Schluss der mündlichen Verhandlung ist schon wegen Verspätung und Verletzung der Verfahrensförderungspflicht nach § 113 Abs. 2 Satz 1 GWB abzulehnen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt trifft dabei ein (anhand der überschlägigen Auftragswerte von Los 1 und 2) mit 70% zu bewertendes Unterliegen, da sie mit ihrem Antrag nur in Bezug auf Los 2 erfolgreich ist, während ihr Antrag in Bezug auf Los 1 unbegründet ist. Es entspricht dabei nicht der Billigkeit nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB, der ASt – soweit sie unterliegt (Los 1) – die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg zu 1) und Zuschlagsdestinatärin zu Los 1 aufzuerlegen. Denn die Bg zu 1) hat weder eigene Sachanträge gestellt und noch sich anderweitig aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Bg zu 2) ist – soweit die ASt obsiegt – an den Kosten zu beteiligen, da sie in einem Interessengegensatz zur ASt steht, sie sich durch Einreichen von Schriftsätzen und dem Stellen

von Sachanträgen am Nachprüfungsverfahren aktiv beteiligt hat und mit der von ihr dadurch unterstützten Ag im Verfahren unterliegt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Februar 2012, VII-Verg 85/11). Für die Kosten des Verfahrens haften Ag und Bg zu 2), soweit sie unterliegen (Los 2), gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB als Gesamtschuldner. Für die zu erstattenden Aufwendungen der ASt haften die Ag und die Bg zu 2) nach Kopfteilen, also je zu drei Zwanzigstel (analog § 159 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO); eine gesamtschuldnerische Haftung kommt insoweit mangels gesetzlicher Anordnung nicht in Betracht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Auch wenn die ASt keinen expliziten Antrag auf Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten gestellt hat, ist ein solcher Antrag dem Antragsschriftsatz unter E. zu entnehmen, wo ausgeführt wird, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten angesichts der komplexen Sach- und Rechtslage erforderlich gewesen sei. Im Übrigen wäre über die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigen (als der Teil der Kostengrundentscheidung) von Amts wegen zu entscheiden (vgl. KG, Beschluss vom 10. August 2011, Verg 5/11, VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 11. Februar 2011, 1 VK 76/10; BayObLG, Beschluss vom 27. September 2002, Verg 18/02). Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war hier auch notwendig. Denn in dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen zur Auslegung von Vergabeunterlagen und zur Angebotswertung, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

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 Ohlerich