



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 67/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „[...]“, Neubau Schulschießanlage Typ A mit AuTA, Automatische Trefferanzeige“, Vergabe-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 Daferner aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Juli 2017 am 31. Juli 2017 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der mit der Beigeladenen abgeschlossene Vertrag „[...]“, Neubau Schulschießanlage Typ A mit AuTA, Automatische Trefferanzeige“, Vergabe-Nr.: [...], unwirksam ist.
2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Leistung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu auszuschreiben.

3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) hat eine beschränkte Ausschreibung zur Vergabe „[...], Neubau Schulschießanlage Typ A mit AuTA, Automatische Trefferanzeige; Vergabe-Nr.: [...]“ nach dem 1. Abschnitt der VOB/A durchgeführt.

In der Angebotsaufforderung vom 30. März 2017 war vermerkt, dass es sich hierbei um ein „Vergabeverfahren gemäß Abschnitt 1 der VOB/A“ handele, außerdem wurden hier und im Formblatt „Angebotsschreiben“ sowie in weiteren beigefügten Formschriften, Teilnahme- und Vertragsbedingungen die Begriffe „Bauleistung“ und „Baumaßnahme“ verwendet und auf die VOB/B verwiesen.

Laut den „Technischen Vorbemerkungen“ des Leistungsverzeichnisses (im Folgenden : LV) soll

„mit Hilfe der „Automatischen Trefferanzeige“ (...) auf dem ausgewählten Schießstand des Typs A die bisherige Schießausbildung nicht geändert, sondern erleichtert werden“, indem

das Trefferergebnis an den einzelnen Schützen „schneller“ und fehlerfreier“ sowie „Angaben für Bewertung/Auswertung“ durchgegeben werden. Installation und Betrieb der ausgeschriebenen Trefferanzeige

„dürfen keine bauliche Änderung“

u.a. eventuell vorhandener Seitenwände oder -wände, des Zielgeländes, des Geschoßfangs und der Lärmschutzüberbauung „erfordern“, des Weiteren seien für die Montage der Einrichtungen der Erfassungs- und Auswerteelektronik an den zwei vorgesehenen Ziellinien „die Betriebsnischen zu verwenden“ (s. Ziffer I.1 und 2.2 des LV, S. 2 f., Bl. 55 f. der Vergabeakte).

Die ausgeschriebene Automatische Trefferanzeige (im Folgenden: „AuTA“) besteht laut LV aus folgenden Bestandteilen: Sechs Monitore samt Drucker bei den Schützen, ein zentrales Bedien- und Anzeigegerät, über das das System und ein beliebiger Schütze jederzeit überwacht werden können, ein Transportwagen zur Aufnahme aller beweglichen Bauteile sowie ein Messwerterfassungssystem und Zubehör (Kabel, Sensoren etc.) (s. Ziffer I.2.3 sowie die entsprechenden Pos. des LV, S. 3 des LV, Bl. 55 der Vergabeakte). Alle diese Bestandteile und Module der AuTA sind so zu konstruieren und zu montieren, dass die Montage und Demontage durch maximal zwei Personen möglich ist (so für das Messwerterfassungssystem gemäß Pos. 01.01.0010, S. 9 des LV) bzw. dass das Gerät mit einfachem Werkzeug austauschbar ist (so für die Erfassungs- und Auswerteelektronik gemäß Pos. 01.01.0040, S. 13 des LV). Des Weiteren sieht das LV diesbezüglich vor, dass das zentrale Bedien- und Anzeigegerät (mit Bildschirm, Tastatur, Drucker, Software, Papier, Kabelrollen) auf einem Transportwagen zusammenzufassen ist (Pos. 01.01.0070, S. 18 des LV), dass die Schützenmonitore samt Drucker von einem [...] getragen werden können (Pos. 01.01.0090, S. 24 des LV), dass Scheibenrahmen und -kammern bei Nichtgebrauch in einem Lagerraum mithilfe eines zu liefernden Gestells untergestellt werden können (Pos. 01.01.0160, S. 30 des LV) und dass Kabel in Kabelkanälen oder in Schutzrohren verlegt bzw. dass etwaige Anschlusskästen in bereits bestehenden Anschlussnischen montiert werden (Pos. 01.01.0020, 01.01.0060, S. 10, 15 des LV), der Kabelsatz, der das zentrale Bediengerät mit den einzelnen Schützenmonitoren verbindet, soll frei auf der Geländeoberfläche ausgelegt werden (Pos. 01.01.0080, S. 22 des LV). Steuer- und Energieleitungen sind ebenfalls in das vorhandene Leerrohrsystem einzuziehen (s. „Baubeschreibung“, s. „Baubeschreibung“, S. 7 des LV). Ein Schienensystem sowie Geschossfangboxen sollen nicht eingesetzt werden (s. Ziffer I.2.3.6, die „Baubeschreibung“ und Pos. 01.01.0010, Pos. 01.01.0130, S. 7 f., 29 des LV, Bl. 34, 50 f., 55 der Vergabeakte). Für die Zielscheiben sind zwölf Halterungen/Stahlklemmgestelle samt Beschussschutz mithilfe von Stahlbüchsen in Betontrögen zu montieren („bodenverankert“) (s. „Baubeschreibung“ und Pos. 01.01.0010, aaO., Pos. 01.01.0130 bis 150, S. 29 des LV, Bl. 34 der Vergabeakte).

Für die ausgeschriebenen Drucker wurde u.a. vorgegeben, dass diese „dem Industriestandard als Thermodrucker“ entsprechen müssen (Ziffer 2.5.4, Pos. 01.01.0090 bzw. Pos. 01.01.0070, S. 4, 17, 23 des LV).

Anzubieten ist eine „bereits vom AG zertifizierte Anlage“ (Ziffer 4.1, S. 5 des LV, Bl. 53 der Vergabeakte). Hierunter versteht die Ag eine Anlage, die an die Ag geliefert und nach

bestimmten Vorgaben der Ag getestet wurde. Bei erfolgreich bestandener Teststellung werden die betroffenen Dienststellen der Ag darüber informiert, welche Unternehmen zertifiziert sind und daher zukünftig die entsprechenden Leistungen für die Ag erbringen dürfen (vgl. Bl. 9, 222, 247 der Vergabeakte).

Die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) gaben Angebote ab. Dem Angebot der ASt lag ein „Begleitschreiben“ bei, in dem die ASt u.a. darauf hinwies, dass die ausgeschriebenen Leistungen teilweise nicht mehr dem aktuellen Stand der Technik entsprächen, so sei z.B. die Technologie eines Thermodruckers heute nicht mehr verfügbar (Bl. 90 der Vergabeakte).

Die Ag forderte sowohl die Bg als auch die ASt auf, die „[...]AuTA-Zertifizierung“ vorzulegen (Bl. 251 bzw. 231 der Vergabeakte). Die Bg teilte der Ag hieraufhin mit, dass sie keine solche Zertifizierung habe (Bl. 250 der Vergabeakte). Die ASt reichte ein Schreiben des [...] vom 19. Dezember 2014 ein, wonach die der insolventen der [...] erteilten Produktzertifizierungen auf die ASt übertragen worden seien.

Zur Kostenschätzung enthält die Vergabeakte eine Tabelle mit Ort, Kosten, Baujahr (zwischen 2009 und 2012) und Anzahl der Ziellinien von drei AuTA-Anlagen auf Schulschießbahnen der Ag. Aus den Kosten dieser drei Anlagen wurde ein Mittelwert errechnet i.H.v. ca. 138.400 € und anschließend für die verfahrensgegenständliche Schulschießbahn Kosten i.H.v. 158.600 € angegeben (Bl. 5 f., 205 der Vergabeakte). Bei der Wertung der Angebote stellte die Ag fest, dass der Preis beider Angebote deutlich oberhalb ihrer Kostenschätzung liege.

Nachdem sich die Ag dazu entschlossen hatte, auf die „AuTA-Zertifizierung“ zu verzichten, schloss sie am 30. Mai 2017 mit der Bg den ausgeschriebenen Vertrag (Bl. 260 ff. der Vergabeakte) und informierte die ASt darüber, dass ihr Angebot nicht bezuschlagt werden könne, da der Angebotspreis der Bg niedriger sei (Bl. 257 f. der Vergabeakte).

Am 8. Juni 2017 rügte die ASt, es fehle eine formgerechte Vorabinformation i.S.d. § 134 Abs. 1 GWB, außerdem sei die von der Bg angebotene Anlage nicht wie gefordert zertifiziert und dürfe daher nicht bezuschlagt werden. In ihrer Nichtabhilfemitteilung vom 13. Juni 2017 wies die Ag u.a. darauf hin, dass die ASt ebenfalls nicht für eine AuTA-Anlage zertifiziert sei und beide Bieter trotz fehlender Zertifizierung in der Wertung belassen worden seien, so dass das entscheidende Vergabekriterium der Preis gewesen sei. Darüber hinaus hätte die ASt

zwingend aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen, weil sie mit ihrem „Begleitschreiben zum Angebot“ das Leistungsverzeichnis geändert habe.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 27. Juni 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 28. Juni 2017 an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei statthaft, weil die Ag keinen Bau-, sondern einen Lieferauftrag ausgeschrieben habe, dessen Auftragswert über dem maßgeblichen Schwellenwert von 135.000 € liege. Zudem sei ihr Antrag begründet, weil die Bg nicht hätte bezuschlagt werden dürfen und das Angebot der ASt nicht auszuschließen sei.

Um einen Lieferauftrag handele es sich nach Auffassung der ASt deshalb, weil die Schießbahn der Ag auch ohne eine Ausstattung mit einer AuTA als solche funktionsfähig und nutzbar sei. Die ausgeschriebene AuTA mache die Anlage für ihre Nutzer lediglich komfortabler, sei also gewissermaßen „eine Luxusausstattung“. Darüber hinaus spreche gegen einen Bauauftrag, dass der Auftragnehmer laut LV nicht in die bauliche Substanz der Schießanlage eingreifen dürfe. Zudem seien alle Bestandteile der ausgeschriebenen AuTA mobil und teilweise sogar tragbar. Ausweislich des Angebotspreises der ASt sei der gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 RL 2014/24/EU für oberste Bundesbehörden wie die Ag maßgebliche Schwellenwert i.H.v. 135.000 € vorliegend überschritten. Soweit ein Schwellenwert von 209.000 € zugrunde gelegt werden müsse, sei die Kostenschätzung der Ag, die von einem Auftragswert von 160.000 € ausgehe, nicht belegt. Auch die erhebliche Differenz zu den von der ASt und der Bg angebotenen Preisen sei nur so zu erklären, dass die Aufwandsschätzung nicht sachgerecht erfolgt und die zum Vergleich herangezogenen Schulschießbahnen nicht mit der vorliegenden vergleichbar seien.

Die ASt macht geltend, der zwischen der Ag und der Bg bereits abgeschlossene Vertrag sei unwirksam und stehe damit der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nicht entgegen. Die Ag habe die ASt nicht vor dem Vertragsschluss nach § 134 Abs. 1 GWB informiert und die vorgeschriebene Wartefrist eingehalten, obwohl sie diesen Lieferauftrag EU-weit hätte ausschreiben müssen. Des Weiteren sei auch die Rüge der ASt rechtzeitig innerhalb von zehn Tagen erfolgt. Nachdem sich die vergaberechtlich nicht versierte ASt an dem Vergabeverfahren in der Überzeugung beteiligt habe, alles sei ordnungsgemäß, habe sie erst durch die Beratung ihres Verfahrensbevollmächtigten erfahren, dass die Ag gar keinen

Bau-, sondern einen Lieferauftrag ausgeschrieben habe. Abgesehen davon bestehe bei einer sog. de facto-Vergabe gemäß § 160 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gar keine Rügeobliegenheit. Ihr Feststellungsinteresse i.S.d. § 135 GWB begründet die ASt damit, dass die Bg nicht bezuschlagt werden dürfen, da diese entgegen Ziffer 4.1 des LV keine von der Ag zertifizierte Anlage angeboten habe. Wie die ASt aus dem Markt erfahren habe, verfügten derzeit nur zwei Hersteller, die ASt und ein weiteres Unternehmen, über eine solche Zertifizierung.

Ihr eigenes Angebot, so trägt die ASt weiter vor, sei demgegenüber nicht auszuschließen. Denn wie ihr das [...] am 19. Dezember 2014 bestätigt habe, verfüge die ASt über die geforderte Zertifizierung, da die Produktzertifizierungen der insolventen [...] nach der Übernahme der Produktions- und Servicebereiche für Zielanlagen auf die ASt übertragen worden seien. Des Weiteren sei das Angebot der ASt auch nicht wegen des Begleitschreibens auszuschließen. Ihr Angebot sei nämlich so auszulegen, dass sie die geforderten Thermodrucker angeboten und sie lediglich in ihrem Begleitschreiben darauf hingewiesen habe, dass eine solche Art des Druckers nicht mehr dem Stand der Technik entspreche.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Es wird festgestellt, dass der zwischen der Ag und der Bg geschlossene Vertrag unwirksam ist.
2. Die Ag wird im Falle des Fortbestehens der Beschaffungsabsicht verpflichtet, das Angebot der ASt im Rahmen eines neuen Vergabeverfahrens in vergaberechtsfehlerfreier Weise zu berücksichtigen.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten seitens der ASt vor der Vergabekammer wird für erforderlich erklärt.
4. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt.
5. Akteneinsicht.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil die maßgeblichen Schwellenwerte vorliegend nicht überschritten seien. Die auf dem [...] durchgeführte Baumaßnahme umfasse die Herstellung von drei Schießbahnen auf einem Freigelände sowie eines Funktionsgebäudes. Eine dieser Schießbahnen solle ausschließlich der Schießausbildung dienen; diese Ausbildung müsse nach einer Zentralen Dienstvorschrift sowie nach den „Baufachlichen Richtlinien“ der [...] bundeseinheitlich zwingend auf einer AuTA-Anlage durchgeführt werden, anderenfalls handele es sich nicht um einen Schießstand des Typs A ([...]). Alles, was bei Neubauten der Herstellung und späteren bestimmungsgemäßen Nutzung (Funktion) der baulichen Anlage diene, sei gemäß § 1 VOB/A eine Bauleistung und müsse gemäß der VOB/A ausgeschrieben werden. So seien auch andere [...]dienststellen der Ag bundesweit verfahren.

Selbst wenn es sich hier um einen Liefervertrag handeln sollte, sei der maßgebliche Schwellenwert von 209.000 € nicht erreicht. Bei der Kostenermittlung von 160.000 € habe der für die Ag tätige Fachingenieur die letzten von ihm betreuten und realisierten AuTA-Anlagen auf Schulschießbahnen der [...] zugrunde gelegt. Bei der Frage, ob diese AuTA-Anlagen mit der verfahrensgegenständlichen vergleichbar seien, habe die Ag auf die Anzahl der Ziellinien abgestellt. Wegen der zwischenzeitlichen Marktentwicklung sei ein Aufschlag vorgenommen und der entsprechende Wert in die einschlägigen Formblätter übernommen worden. Die so ausgewiesenen Kosten habe die zuständige Stelle genehmigt und anerkannt, also für nachvollziehbar gehalten. Demgegenüber dürfe für die Ordnungsmäßigkeit der Kostenschätzung nur dann ex nunc auf das (preislich höhere) Ausschreibungsergebnis abgestellt werden, wenn die ursprüngliche Kostenschätzung anders als hier nicht sachgerecht erfolgt sei.

Wenn das Nachprüfungsverfahren dennoch statthaft sein sollte, habe die ASt die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße zu spät gerügt. Denn dass die Vorinformation i.S.d. § 134 GWB fehle und die Ausschreibung gemäß dem 1. Abschnitt der VOB/A durchgeführt werde, wisse die ASt nicht erst aus dem Absageschreiben vom 30. Mai 2017, sondern bereits aus der Angebotsaufforderung vom 30. März 2017. Außerdem sei bereits aus den der Angebotsaufforderung beigefügten Formblättern eindeutig erkennbar gewesen, dass ein beschränktes Vergabeverfahren nach der VOB/A durchgeführt werde, so dass bei der anzunehmenden Einhaltung dieser Verfahrensregelungen keine Vorinformation erfolgen werde.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Denn das Angebot der ASt hätte ausgeschlossen werden müssen, weil die ASt ausweislich ihres Begleitschreibens offen gelassen habe, ob sie den ausgeschriebenen Thermodrucker anbiete bzw. welchen Preis sie hierfür verlange. Des Weiteren habe die ASt bisher nicht nachgewiesen, für die AuTA-Anlage zertifiziert zu sein, das [...] prüfe derzeit die Rechtslage.

- c) Mit Beschluss vom 4. Juli 2017 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese schloss sich den Ausführungen der Ag an und nahm an der mündlichen Verhandlung teil. Zur Frage, ob es sich vorliegend um einen Bauauftrag handele, verwies die Bg in der mündlichen Verhandlung darauf, dass ihrer Erfahrung nach bei solchen AuTA-Anlagen Kabelkanäle gebaut werden müssten. Ihren über der Auftragswertschätzung der Ag liegenden Angebotspreis begründet die Bg damit, dass das „Herzstück“ einer AuTA-Anlage vom [...] Hersteller seit 2016 nicht mehr produziert werde. Die Bg habe ihr Angebot daher auf ein Nachfolgemodell stützen und vor allem die erforderliche Software aufwändig anpassen müssen. Frühere Anlagen hätte sie zu einem Preis von ca. [...] bis [...] € anbieten können.

Die Vergabekammer hat der ASt nach vorheriger Zustimmung der Ag Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 20. Juli 2017 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 und begründet. Der verfahrensgegenständliche, mit der Bg abgeschlossene Vertrag ist gemäß § 135 Abs. 1, 2 GWB unwirksam.

1. Das Nachprüfungsverfahren ist statthaft (dazu unter a)) und zulässig, insbesondere sind auch die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Verfahrens nach § 135 GWB erfüllt (dazu unter b)).

a) Das Nachprüfungsverfahren ist statthaft, vor allem ist der maßgebliche Schwellenwert i.H.v. 209.000 € erreicht (dazu unter aa)). Des Weiteren steht der bereits mit der Bg abgeschlossene Vertrag einer Nachprüfbarkeit dieses Vertragsschlusses nicht entgegen, weil die Ag gegen § 134 GWB verstoßen hat, sodass dieser Vertrag als für von Anfang an unwirksam zu erklären ist (dazu unter bb)).

aa) Der maßgebliche Schwellenwert ist erreicht. Denn vorliegend handelt es sich um einen Lieferauftrag, für den gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. c) RL 2014/24/EU ein Schwellenwert i.H.v. 209.000 € gilt. Maßgeblich ist diesbezüglich nicht, wie die Ag tatsächlich ausgeschrieben hat (hier: eine „Baumaßnahme“ i.S.d. 1. Abschnitts der VOB/A), sondern die objektive Rechtslage.

(1) Der ausgeschriebene Vertrag ist kein Bau-, sondern ein Lieferauftrag. Um die EU-Schwellenwerte nicht zu umgehen, ist diesbezüglich nicht auf das nationale Vergaberecht wie z.B. § 1 VOB/A, sondern vorrangig auf die EU-Vorgaben und deren entsprechende Umsetzung in § 103 GWB abzustellen. Danach ist § 103 Abs. 3 Nr. 1 GWB deshalb vorliegend nicht einschlägig, weil die ausgeschriebenen Leistungen nicht im Zusammenhang mit Tätigkeiten i.S.d. Anhangs II der RL 2014/24/EU stehen. Die Anwendbarkeit von § 103 Abs. 3 Nr. 2 GWB scheidet hier bereits daran, dass die zu erbringende Leistung nicht das „Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten“ ist. Denn der Auftragnehmer darf laut LV ausdrücklich „keine bauliche Änderung“ an den bereits vorhandenen Anlagen vornehmen und sämtliche zu liefernden Bestandteile oder Module der AuTA sind entweder ohnehin mobil (auf einem Transportwagen) oder so zu konstruieren und zu montieren, dass sie leicht wieder zu demontieren sind und auch anderenorts aufgebaut und installiert werden können (vgl. zu diesen Abgrenzungskriterien OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. April 2010, VII-Verg 60/09; OLG München, Beschluss vom 5. November 2009, Verg 15/09). Nicht einmal für die erforderlichen Kabel und sonstigen Steuer- und Energieleitungen sind vorliegend Bauleistungen zu erbringen, wie die Errichtung eines unterirdischen Kabeltunnels. Vielmehr sollen alle Leitungen in Leerrohre oder Kabelkanäle eingezogen werden. Selbst wenn für solche Kabel oder Leitungen

Erdarbeiten erforderlich werden sollten (so die Einlassung der Bg), wären diese im Vergleich zu den übrigen zu erbringenden Lieferleistungen von untergeordneter Bedeutung, so dass sie den Rechtscharakter dieses Vertrags nicht beeinflussen können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2014, VII-Verg 35/13). Dasselbe gilt für die Halterungen und Klemmgestelle der Zielscheiben, die in Betontrögen „bodenverankert“ anzubringen sind.

Für die Abgrenzung Bau-/Lieferauftrag kommt es ausweislich der Begriffsdefinitionen in § 103 Abs. 2, 3 GWB auch nicht allein auf den Zweck der ausgeschriebenen Leistungen an, insbesondere also auch nicht auf die Frage, ob diese für die Funktionsfähigkeit eines Bauwerks notwendig oder sogar unerlässlich sind. Dementsprechend spielt es keine Rolle, dass laut der einschlägigen hausinternen Vorschriften der Ag eine Schulschießanlage nur dann wie von der Ag beabsichtigt dem „Typ A“ entspricht, wenn diese Schießanlage über eine AuTA verfügt. Denn wenn man für das Entstehen von EU-weiten Ausschreibungspflichten allein auf die Absichten des betreffenden öffentlichen Auftraggebers oder dessen eigenen Regelwerke abstellt, würden hierdurch die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen für das Vorliegen eines Bauauftrags erweitert und damit EU-rechtliche Vorgaben umgangen.

(2) Für die Bestimmung des maßgeblichen Schwellenwerts ist vorliegend § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. c) RL 2014/24/EU einschlägig.

Denn bei der vom [...] vertretenen Ag ([...]) handelt es sich um eine Zentrale Regierungsbehörde im Verteidigungsbereich, die einen Lieferauftrag über Waren, die nicht im Anhang III der RL 2014/24/EU aufgeführt sind, vergeben hat. Wie vor allem der englische und französische Wortlaut dieser Vorschrift zeigen, kommt es hierfür nicht darauf an, dass die zu beschaffende Leistung dem Verteidigungsbereich zuzuordnen ist, sondern darauf, dass die beschaffende Behörde im Verteidigungsbereich tätig ist („authorities operating in the field of defence“ bzw. „autorités publique (...) qui opèrent dans le domaine de la défense“).

Es ist davon auszugehen, dass der hiernach maßgebliche Schwellenwert i.H.v. 209.000 € erreicht ist. Zwar liegt die Auftragswertschätzung der Ag (160.000 €) unter diesem Betrag. Diese Schätzung ist jedoch nicht ordnungsgemäß erfolgt und kann

daher der Entscheidung, ob national oder EU-weit auszuschreiben ist, nicht zugrunde gelegt werden. Denn aus der Vergabeakte oder den von der Ag im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Unterlagen lässt sich nicht entnehmen, ob und inwieweit die zum Wertvergleich herangezogenen drei AuTA-Anlagen mit der verfahrensgegenständlichen Anlage vergleichbar sind, ob es in den letzten Jahren nicht noch weitere ähnliche Vertragsabschlüsse gab (z.B. weil diese nicht von dem hier eingeschalteten Fachingenieur für die Ag betreut und realisiert wurden), ob diese Daten noch aktuell sind (die jüngste von der Ag herangezogene Anlage stammt von 2012) und wie die Ag die zwischenzeitliche Marktentwicklung eingeschätzt und berücksichtigt hat. Immerhin hat sie auf den Durchschnittspreis der drei Vergleichsanlagen einen Aufschlag i.H.v. ca. 15% vorgenommen; jedoch ist auch dieser Betrag durch nichts nachvollziehbar erklärt. Allein die Annahme, dass die zuständige Stelle einen zu niedrigen Betrag nicht genehmigt hätte, reicht zur für eine für die Vergabenachprüfungsinstanzen nachvollziehbaren Begründung nicht aus. Ein gewisses Indiz für den ordnungsgemäß zu erwartenden Auftragswert liefern demgegenüber zwar nicht unmittelbar die Preise der eingegangenen Angebote, da die Preise von zwei Bietern nicht notwendig repräsentativ sein müssen. Jedoch belegen diese Angebotspreise, dass bei den ausgeschriebenen Anlagen jedenfalls von einem Auftragswert über 209.000 € auszugehen ist. Dass die Schätzung der Ag zu niedrig war, wird darüber hinaus durch den unbestrittenen Vortrag der Bg in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass anders als bei den noch vor ein paar Jahren vertriebenen AuTA-Anlagen nunmehr technische Änderungen vorgenommen werden müssten, die zu einem deutlichen Preisanstieg führen. Auch diese technische Änderung hätte Eingang in eine ordnungsgemäße Auftragswertschätzung finden müssen.

- bb) Der bereits mit der Bg abgeschlossene Vertrag steht der Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens nicht gemäß § 168 Abs. 2 S. 1 GWB entgegen, weil die Ag gegen § 134 GWB verstoßen hat, indem sie die ASt nicht rechtzeitig vor der Erteilung des Zuschlags an die Bg über die Nichtberücksichtigung des eigenen Angebots informierte. Zu einer solchen Vorabinformation und Einhaltung einer Wartefrist war die Ag verpflichtet, weil die verfahrensgegenständliche Vergabe eines Lieferauftrags den maßgeblichen Schwellenwert erreichte (s.o. unter 1a)aa)), so dass die Ag gemäß § 106 Abs. 1 S. 1 GWB Teil 4 des GWB und damit u.a. § 134 GWB hätte anwenden müssen. Mit der Feststellung dieses Verstoßes im vorliegenden Nachprüfungsverfahren ist der

zwischen der Ag und der Bg geschlossene Vertrag gemäß § 135 Abs. 1 GWB von Anfang an unwirksam.

b) Der Nachprüfungsantrag ist auch sonst zulässig.

Vor allem liegt seitens der ASt das für einen Antrag nach § 135 Abs. 2 GWB erforderliche schutzwürdige Feststellungsinteresse vor. Die ASt macht geltend, durch den Vertragsschluss mit der Bg, über den sie nicht rechtzeitig vorher informiert worden sei, in ihren eigenen Zuschlagschancen beeinträchtigt worden zu sein, weil stattdessen ihr Angebot hätte bezuschlagt werden müssen. Wenn die Vergabekammer die Unwirksamkeit dieses Vertrags feststellt, besteht daher die Aussicht, dass die ASt den entsprechenden Auftrag doch noch erlangt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11).

Die ASt ist auch gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Ihr Interesse am Auftrag hat sie 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. Einem drohenden Schaden im Sinne der Verschlechterung der Zuschlagschancen der ASt steht auch nicht entgegen, dass das Angebot der ASt nach Auffassung der Ag auszuschließen wäre. Denn auch gegen diesen Ausschluss wendet sich die ASt. Ob ihr Angebot tatsächlich auszuschließen ist, ist ggf. erst im Rahmen der Begründetheit des Nachprüfungsantrags zu prüfen.

Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie hier seine Vorabinformationspflichten verletzt, also im Falle des § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB, ist eine Rüge nicht gemäß § 160 Abs. 3 S. 2 GWB entbehrlich. Anders als die ASt meint, spricht auch sonst nicht gegen ihre Rügeobliegenheit, weil sie an dem rechtswidrigerweise nur national durchgeführten Beschaffungsvorgang beteiligt wurde (vgl. zur nur bei der Nichtbeteiligung eines Antragstellers zur alten Rechtslage vertretenen Rechtsauffassung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 67/11 m.w.N.). Die ASt hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße vorliegend jedoch gerügt und ihre Rüge ist auch rechtzeitig erfolgt. Denn dass die Ag mit der Bg zu Unrecht einen Vertrag abgeschlossen hat, ohne die ASt hierüber vorher zu informieren, hat die ASt erst nach anwaltlicher Beratung erfahren und hieraufhin innerhalb von zehn Kalendertagen nach der Information der Ag über die Zuschlagserteilung an die Bg vom 30. Mai 2017, nämlich am

8. Juni 2017, gerügt. Zwar ergab sich die Einschätzung der Ag, dass es sich vorliegend um eine Baumaßnahme i.S.d. 1. Abschnitts der VOB/A handele, bereits aus den Vergabeunterlagen. Die für das Entstehen einer Rügeobliegenheit ebenfalls erforderliche Rechtskenntnis, dass diese Einschätzung unzutreffend ist und dass diese Fehleinschätzung u.a. dazu führen würde, dass die Ag mangels Anwendung des Teils 4 des GWB die ASt nicht gemäß § 134 GWB vorab über den beabsichtigten Zuschlag an die Bg informieren würde, kann indes nicht unterstellt werden. Denn insoweit handelt es sich durchaus um komplexe Rechtsfragen, die vertiefte vergaberechtliche Kenntnisse erfordern und daher für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB erkennbar waren (vgl. zu diesem Maßstab nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16).

Des Weiteren hat die ASt die für das vorliegende Verfahren besonderen Fristen des § 135 Abs. 2 GWB gewahrt, weil sie die Unwirksamkeit des Vertrags zwischen der Ag und der Bg nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB mit ihrem Antrag vom 27. Juni 2017 innerhalb von 30 Kalendertagen im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht hat, nachdem sie durch die Mitteilung der Ag vom 30. Mai 2017 erfahren hatte, dass ein solcher Vertrag abgeschlossen worden ist. Der Vertragsschluss ist ebenfalls am 30. Mai 2017 erfolgt, so dass auch die Sechs-Monats-Frist des § 135 Abs. 2 S. 1, letzter Halbsatz GWB vorliegend gewahrt ist.

Die Fristen i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB hat die ASt ebenfalls eingehalten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Wie bereits unter 1a)bb) festgestellt, hätte der Auftrag EU-weit als Lieferauftrag ausgeschrieben und die ASt vor dem Vertragsschluss mit der Bg gemäß § 134 GWB informiert werden müssen. Allein die fehlende Vorabinformation beeinträchtigt die ASt zwar nicht in ihren Rechten. Die Wertungsentscheidung zugunsten der Bg war jedoch fehlerhaft, da die Ag den Bietern zunächst die Gelegenheit hätte geben müssen, wegen ihres Verzichts auf die Zertifizierung der angebotenen Anlage neue Angebote abzugeben (dazu unter a)). Auf die Wertungsfähigkeit ihres derzeitigen Angebots der ASt kommt es hierbei nicht an (dazu unter b)).

- a) Die Ag hatte in Ziffer 4.1 des LV zunächst verlangt, dass eine zertifizierte Anlage angeboten wird, im Verlauf des Vergabeverfahrens dann aber von dieser Forderung zu Recht Abstand genommen und das Angebot der Bg, die nicht über ein entsprechendes Zertifikat verfügte, bezuschlagt. Dieses Vorgehen war vergaberechtskonform, denn die Vorlage eines solchen

Zertifikats durfte die Ag gar nicht fordern. Wie § 33 VgV zeigt, darf ein öffentlicher Auftraggeber nur dann Belege über die Erfüllung bestimmter, insbesondere technischer Merkmale verlangen, wenn diese Nachweise von einer akkreditierten Konformitätsbewertungsstelle stammen; darüber hinaus muss er ggf. andere geeignete Nachweise akzeptieren, wenn das Unternehmen aus nicht zu vertretenden Gründen keinen Zugang zu den geforderten Bescheinigungen hat. An einer solchen wirksamen Forderung der Ag fehlt es hier. Denn allein die Ag selbst bestimmt hier die maßgeblichen technischen Kriterien, die eine „zertifizierungsfähige“ Anlage erfüllen muss und ist die einzige Stelle, die die von ihr anerkannten Zertifikate (im Wege eines hausinternen Erlasses) ausstellt. Hinzu kommt, dass diese „Zertifikate“ seitens der Ag offensichtlich nur an Unternehmen ausgestellt wurden, nachdem diese eine entsprechende Anlage geliefert hatten. Durch solche „Eigenzertifikate“ eines öffentlichen Auftraggebers, die ausschließlich nach seinen eigenen Regeln und nur bei ihm zu erlangen sind, wird der Bieterwettbewerb erheblich eingeschränkt. Solche Anforderungen widersprechen daher nicht nur § 33 VgV, sondern auch den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen des freien und diskriminierungsfreien Wettbewerbs i.S.d. § 97 Abs. 1, 2 GWB.

Die Ag hat deshalb zu Recht das Angebot der Bg bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigt, obwohl deren Anlage nicht wie gefordert zertifiziert war. Denn auf die Nichterfüllung rechtswidrig aufgestellter Anforderungen darf ein Auftraggeber keinen Angebotsausschluss stützen.

Vergabefehlerhaft war es jedoch, dass die Ag ohne Weiteres die Bg bezuschlagt hat, ohne die Bieter (ASt und Bg) über den Verzicht auf das Zertifikat zu unterrichten und ihnen Gelegenheit zur Erneuerung ihrer Angebote zu geben. Denn auf diese Weise hat die Ag auf eine ursprünglich ausgeschriebene Anforderung verzichtet. Dies darf ein öffentlicher Auftraggeber zwar grundsätzlich tun, vor allem, wenn die betreffende Anforderung - wie hier - rechtswidrig war (BGH, Urteil vom 1. August 2006, X ZR 115/04; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14; vom 28. Januar 2015, VII-Verg 31/14 und vom 26. Oktober 2010, VII-Verg 46/10). Da sich die ausgeschriebenen Anforderungen aber auf die Erstellung der Angebote grundsätzlich ausgewirkt haben können, ist ein solcher Verzicht nur dann vergaberechtskonform, wenn alle Bieter über die neuen (hier: herabgesetzten) Anforderungen informiert werden und Gelegenheit bekommen, ihre Angebote hieraufhin zu überarbeiten (vgl. OLG Düsseldorf, aaO.). Dabei ist im vorliegenden Fall zugunsten der ASt davon auszugehen, dass ihr Angebot von der ursprünglichen

Vorgabe, eine zertifizierte Anlage anbieten zu müssen, beeinflusst wurde. Denn wie der Nachprüfungsantrag der ASt belegt, ging diese davon aus, einer der wenigen (insgesamt zwei) Anbieter zu sein, die die hohen Anforderungen der Ag erfüllen. Nach der Absenkung dieser Anforderungen ist die ASt hingegen einer neuen Wettbewerbssituation ausgesetzt, weshalb ihr die Möglichkeit einzuräumen gewesen wäre, hierauf mit einem neuen Angebot zu reagieren.

- b) Da die Ag der ASt nicht die Möglichkeit einräumte, nach dem Verzicht darauf, eine zertifizierte Anlage liefern zu müssen, ihr Angebot unter Berücksichtigung der geänderten Wettbewerbssituation zu überarbeiten, ist die ASt durch die Vorgehensweise der Ag in ihren Rechten verletzt. Da ihr derzeitiges Angebot mithin erneuert werden darf, kommt es für den Erfolg ihres Nachprüfungsantrags nicht darauf an, ob das ursprüngliche Angebot auszuschließen gewesen wäre, weil die ASt nach Auffassung der Ag nicht die geforderten Thermo-, sondern andere Drucker angeboten und so die Vergabeunterlagen i.S.d. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV geändert haben soll.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG.

Da die Bg keine Anträge gestellt und das Verfahren auch nicht durch umfangreichen Vortrag wesentlich gefördert hat, hat sie kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und somit kein Prozesskostenrisiko auf sich genommen. Sie ist daher nicht als unterliegende Partei anzusehen und nicht an den Kosten des Verfahrens oder den Aufwendungen der ASt zu beteiligen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Rechtsfragen zur Rügeobliegenheit und Statthaftigkeit von Nachprüfungsanträgen aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

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