



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 145/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Daferner auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2017 am 27. Januar 2017 beschlossen:

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

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen den Ausschluss ihres Angebots wegen Änderung der Vergabeunterlagen.

I.

1. [...]

Die ausgeschriebenen Maßnahmen sind Teil der in 2013 begonnenen Grundinstandsetzung des [...]. Die Baumaßnahmen sind in zwei Bauabschnitte aufgeteilt, den Bauabschnitt A und den Bauabschnitt B. Der Bauabschnitt A, dem die ausgeschriebenen Maßnahmen zugeordnet sind, beinhaltet u.a. die Sanierung und Instandsetzung der Bauteile [...]. Zum Leistungsumfang gehören u.a. alle Anlagen und Anlagenteile zur Realisierung der Elektroakustischen Anlagen (ELA) und der Einbruchmeldeanlage (EMA) innerhalb des [...] sowie die Erbringung von Wartungs- und Instandhaltungsleistungen.

Zu den anzubietenden elektroakustischen Anlagen (ELA) wird in dem einführenden Abschnitt des Leistungsverzeichnisses (LV) - soweit vorliegend von Interesse - ausgeführt:

„Pos. 3.3. – Technische Vorbemerkungen Elektroakustische Anlagen

Bestandsbeschreibung [...]

Gegenwärtig befindet sich die Zentrale der Elektroakustischen Anlage [...] in der Provisorische Sicherheitsleitstelle (PST) R10.904. Es handelt sich hierbei um ein System [...]...

Leistungsumfang dieser Maßnahme

Zentrale

Das [...] ist mit einer flächendeckenden Beschallungsanlage (Sprachalarmanlage nach DIN VDE 0833-4) auszurüsten, die darüber hinaus allgemeine Durchsagen des Nutzers in vorwählbare Gebäudebereiche gewährleistet.....Die Anlage muss bezüglich ihrer Ausfallsicherheit die Anforderungen

der Sicherheitsstufe 2 erfüllen. Die systemeigene Energieversorgung ist für den Weiterbetrieb der Anlage bei Ausfall der Hauptenergiequelle für 30 Stunden zuzüglich 30 Minuten Alarmierung auszulegen...“

An diese einführende Darstellung des Ist- und des Soll-Zustandes schließen sich die konkreten Anforderungen an die Anlagenteile an (Pos. 3.3.10 ff. des LV).

„3.3.160 – Zentrales Steuerungs- und Ausgangsmodul 2 St.
Digitales Steuerungsmodul als intelligente, vernetzte Zentraleinheit eines Sprachalarmsystems,

Funktionen:

....

Leistungsmerkmale:

...

- Steuerung über Ethernet

-

- 8 NF-Eingänge

3.3.170 - Leistungsverstärker 4 x 600 W 10 St.

.....

*Verstärkerausgangsleistung: 4 x 600 W Sinus/100 V,
Übertragungsbereich: 50 Hz – 22 kHz mit 0/-05 dB,*

....

Signal-Rauschabstand: > 105 dB,

Klirrfaktor < 0,08 %

.....

24 V-Notstromversorgung 4 x 600 W Leistung auch im Notstrombetrieb

3.3.180 Ausgabe- und Überwachungseinheit 8 St.

....

Anschlüsse:

2 x Ethernet

3.3.190 Ein-/Ausgabe Controller 4 St

...

Leistungsmerkmale:

...

- Spannungsversorgung 48 V DC

Eine Betriebsspannung von 24 V ist darüber hinaus auch in den Pos. 3.3.240 (Digitale Sprechstelle Einbau, 15 Tasten) sowie Pos. 3.3.250 des LV (Digitale Sprechstelle Aufbau, 15 Tasten) vorgesehen.

Im Verlauf der Angebotsphase wurden mehrere Bieterfragen gestellt. Bieterfrage Nr. 4 lautet wie folgt:

„Es handelt sich hierbei im Sinne der DIN 14675 um eine durch die [...] angesteuerte Sprachalarmierungsanzeige in öffentlichen Gebäuden. Somit ist normativ vorgegeben, dass der Hersteller das Zusammenwirken der Komponenten sicherzustellen und nachzuweisen hat und gleichzeitig die Konformität der im System verwendeten Bestandteile nach den Normen der Reihe DIN EN 54 zu prüfen und bestätigen zu lassen hat (siehe auch DIN VDE 0833-04).

Innerhalb des Titels 3.3 kann die Erfüllung aller technischen Parameter bei gleichzeitiger Einhaltung der Vorgaben aus der DIN 14675 nicht immer umgesetzt werden. Stellvertretend sei hier auf die in Pos. 3.3.210 beschriebene 48 Volt – Energieversorgung und die für 24 Volt ausgelegten Leistungsverstärker der Pos. 3.3.170 verwiesen. Wir bitten daher um Bestätigung, dass der Bieter ein Gesamtsystem anzubieten hat, mit welchem er den o.g. Bestimmungen der Richtlinien gerecht wird sowie alle geforderten Funktionalitäten dieser Ausschreibung erfüllt.“

Hierauf antwortete die Ag wie folgt:

„Wir bestätigen Ihnen, dass der Bieter ein Gesamtsystem anzubieten hat, mit welchem die Bestimmungen der Richtlinien eingehalten werden sowie die geforderte Funktionalität umfänglich erfüllt wird. Vor diesem Hintergrund sind die in den Positionen 3.3.170, 3.3.240 und 3.3.250 genannten Betriebsspannungen von 24 V nicht korrekt. Es sind Systeme mit einer Betriebsspannung von 48 V anzubieten. Von einer Produktprüfung nach EN 54 sind die Schallzeilen gem. Positionen 3.3.380, 3.3.390, 3.3.400 und der Hornlautsprecher nach Pos. 3.3.350 ausgenommen.“

Unter Pos. 3.6. ff. des LV sind die Anforderungen an die Einbruchmeldeanlagen (EMA) zusammengefasst. Hierzu heißt es in den Vorbemerkungen:

„3.6.KG 4562 Einbruchmeldeanlagen

Technische Vorbemerkungen Überfall- und Einbruchmeldeanlage

Bestandsbeschreibung [...]

Gegenwärtig befindet sich die Einbruchmeldezentrale für [...] in der provisorische Sicherheitsleitstelle (PST) R.10.905.

Bei den beschriebenen Einbruchmeldezentralen handelt es sich um das System [...] sowie um die Überfallmeldezentrale [...] des Herstellers [...].

Leistungsumfang der Maßnahme

Das [...] mit einer Einbruchmeldeanlage nach DIN VDE 0833-1, DIN VDE 0833-3 und in Anlehnung an die VDS 2311 auszurüsten.

3.6.130 Einbruchmeldezentrale in Ringbustechnologie

1 St

Einbruchmeldezentrale gemäß VdS-Klasse C, in mikroprozessorgestützter Systemtechnik zum Anschluss von Meldern und Kontakten sowie Schalt- und Verschlusseinrichtungen in Ringbustechnik und/oder Grenzwerttechnik,

- ...

- gedoppelte Prozessorbaugruppen mit automatischem Umschalten bei Störung oder Ausfall...“

Alleiniges Zuschlagskriterium ist der günstigste Preis.

Dem Angebotsaufforderungsschreiben (Formblatt 211 EU) zufolge sind Nebenangebote nicht zugelassen (ebenda Rn. 5.1). Zu den Unterlagen, die nur auf Anforderung der Vergabestelle vorzulegen sind, zählt die Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen (Formblatt 236).

Die Angebotsfrist endete – nach Verlängerung – am 2. September 2016. Neben der ASt beteiligte sich nur noch die Beigeladene (Bg) durch Angebotsabgabe an der Ausschreibung.

Die ASt brachte erstmalig mit Schreiben vom 18. August 2016 Rügen gegen die Vergabeunterlagen an. Darin machte sie insbesondere geltend, die in Pos. 3.5 des LV vorgesehene Schnittstelle der Brandmeldezentrale zum bestehenden Gefahrenmanagementsystem des Herstellers [...] führe zu einer Verzerrung des Wettbewerbs. Die Ag half dem Rügevorbringen in einem Schreiben vom 26. August 2016 nur teilweise ab. Hinsichtlich des Produkts des Herstellers [...] brachte die Ag zum Ausdruck, dass ein objektiver, sachlicher Grund für die insoweit produktbezogene Ausschreibung vorliege.

Mit E-Mail vom 19. September 2016 forderte die Ag die ASt auf, diverse Erklärungen und Nachweise bis zum 26. September 2016 vorzulegen. Zu den danach vorzulegenden Unterlagen gehörten zum einen Produktunterlagen zu mehreren Positionen des LV, zum anderen die Verpflichtungserklärungen anderer Unternehmen (Formblatt 236). Die ASt kam der Aufforderung nach. Den Feststellungen der Ag im Vergabevermerk zufolge bedurften die von der ASt daraufhin eingereichten Formblätter 236 der Erläuterung.

Am 21. Oktober 2016 führte die Ag mit Vertretern der ASt und der Bg jeweils Aufklärungsgespräche durch. Die ASt überreichte im Verlauf des Aufklärungsgesprächs u.a. die nunmehr vollständig ausgefüllten Formblätter 236 sowie diverse Produktunterlagen.

Die abschließende fachtechnische Prüfung durch die Ag ergab, dass das Angebot der ASt die Vorgaben hinsichtlich der LV-Positionen 3.3.160, 3.3.170 und 3.3.180 wegen der vorgesehenen Betriebsspannung von 24 V nicht vollumfänglich erfüllt und damit von der in der Antwort auf Bieterfrage Nr. 4 gemachten Vorgabe (d.h. Betriebsspannung von 48 V) abweicht. Außerdem weise das Angebot nicht die in Pos. 3.6.130 des LV geforderte Doppelung der Prozessorbaugruppe auf.

Nach der vorliegenden Wertung ist das Angebot der ASt das preisgünstigste. In einem Schreiben vom 15. Dezember 2016 informierte die Ag die ASt gem. § 134 GWB über ihre Absicht, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Dasjenige der ASt werde gem. § 16 EU Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A ausgeschlossen, weil es Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen habe.

Hiergegen wandte die ASt sich mit einem bei der Vergabestelle am 23. Dezember 2016 per Fax eingegangenen Rügeschreiben vom 22. Dezember 2016. Allerdings richtete die ASt das Fax nicht an die in der Bekanntmachung angegebene Adresse an deren Dienstsitz in [...], sondern an den Dienstsitz der Behörde in [...]. Die dortige Poststelle leitete das Fax am 30. Dezember 2016 an die

bekanntgemachte zuständige Stelle in [...] weiter. Das auf dem Postweg versandte Rügeschreiben ging bei der Vergabestelle am 27. Dezember 2016 ein.

2. Mit einem per Fax am 23. Dezember 2016 bei der Vergabekammer eingegangenen Schriftsatz beantragte die - zu diesem Zeitpunkt noch nicht anwaltlich vertretene - ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.
 - a) Die ASt ist der Auffassung, ihren Rügeobliegenheiten genügt zu haben. Die Antragsbefugnis sei selbst dann zu bejahen, wenn ihr eigenes Angebot auszuschließen sei. Denn sollte das Angebot der Bg ebenfalls auszuschließen sein, erhalte die ASt die Möglichkeit, ein zuschlagsfähiges Angebot einzureichen (sog. zweite Chance).

Der Nachprüfungsantrag sei begründet, weil der Ausschluss ihres eigenen Angebots zu Unrecht erfolgt sei. Hierzu führte sie im Nachprüfungsantrag aus, dass eine Änderung der Vergabeunterlagen dann nicht vorliege, wenn das Angebot die geforderte Funktionalität aufweise. Das OLG Düsseldorf habe jüngst entschieden (Beschl. v. 13. April 2016, Verg 47/15), dass es dem öffentlichen Auftraggeber im Interesse der Öffnung der Beschaffungsmärkte verwehrt sei, in technischen Anforderungen auf eine bestimmte Produktion oder ein technisches Verfahren zu verweisen, wenn dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt oder bestimmte Unternehmen bzw. Produkte dadurch ausgeschlossen oder begünstigt werden. Diese Entscheidung liege auf der gleichen Linie wie eine frühere Entscheidung desselben Gerichts (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25. April 2012, Verg 61/11), in der es zum Ausdruck gebracht habe, dass die exakte Einhaltung bestimmter Maße und Anschlusswerte nachrangig sei und deren Vorgabe zu einer unzulässigen produktspezifischen Ausschreibung führen könne. Die von ihr angebotenen Produkte seien in der Lage, die geforderte Funktionalität zu realisieren. Dass von den technischen Vorgaben im LV abgewichen werde, sei ohne Belang.

Nach erfolgter Akteneinsicht, mit anwaltlichem Schriftsatz vom 10. Januar 2017, macht die ASt ergänzend geltend, dass die Anforderungen, von denen sie abgewichen sei, technische Spezifikationen im Sinne des § 7 a EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A in Verbindung mit Anhang TS seien. Der Begriff der technischen Spezifikation werde von der Rechtsprechung des EuGH (etwa Urt. v. 22.10.2015, C-552/13) und derjenigen der nationalen Nachprüfungsinstanzen (etwa Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 9.2.2016, VK 1-130/15) denkbar weit ausgelegt. Die Gleich-

wertigkeit (§ 13 EU Abs. 2 Satz 3 VOB/A) habe ein von der ASt hiermit beauftragter unabhängiger Sachverständiger bestätigt; die diesbezügliche Stellungnahme des Sachverständigen fügte die ASt ihrem Schriftsatz vom 13. Januar 2017 als Anlage bei.

ELA

Zutreffend sei zwar, dass die Betriebsspannung der von ihr angebotenen Notstromversorgung bei 24 V liege. Dies sei aber unschädlich. Hauptstromversorgung und Notstromversorgung seien zwei voneinander unabhängige Stromkreisläufe. Die elektrische Spannung der Notstromversorgung werde daher von der Betriebsspannung der Hauptstromversorgung nicht beeinflusst und umgekehrt. Da es in technischen Regelwerken (DIN-Normen o.ä.) keine Vorgaben hinsichtlich der elektrischen Spannung der Notstromversorgung gebe, sei es im Ergebnis alleine Sache des Produktherstellers zu entscheiden, welche Stromspannung zum Einsatz kommen solle. Sollte – abweichend von der von ihr vertretenen Auffassung - die Vorgabe einer Betriebsspannung von 48 V zwingend sein, sei diese unbeachtlich, weil in diesem Falle gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verstoßen worden sei. Es gebe nur ein Produkt, welches sämtliche Anforderungen des LV erfüllen könne.

Die von der Ag mit Schriftsatz vom 5. Januar 2017 genannten Gründe für die Vorzugswürdigkeit einer mit 24 V betriebenen Anlage vermögen nach Ansicht der ASt nicht zu überzeugen. Die Fehlerhaftigkeit dieser Annahme zeige sich schon daran, dass das Nachfolgemodell des von der Bg mutmaßlich angebotenen Produktes [...], nämlich das Produkt [...] mit einer Betriebsspannung von 24 V arbeite.

Im Übrigen habe die Ag in dem am 21. Oktober 2016 stattgefundenen Aufklärungsgespräch die interne Stromspannung nicht thematisiert. Dies lasse den Schluss zu, dass die Ag das Angebot der ASt insoweit zunächst akzeptiert habe. Anderenfalls sei die Ag verpflichtet gewesen, das Angebot ergänzend aufzuklären.

EMA

Indem die Ag in den einführenden Bemerkungen zur Pos. 3.6 des LV faktisch die Produktbeschreibungen der Einbruchmeldezentrale vom Typ [...] sowie der Überfallmeldezentrale [...] des Herstellers [...] übernommen habe, habe sie gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verstoßen. Die in Pos. 3.6.130 des LV geforderte gedoppelte Prozessorbaugruppe mit automatischem Umschalten bei Ausfall sei kennzeichnend für ein von [...]

hergestelltes Produkt. Die von der Ag geforderte Redundanz der Prozessoren diene im Wesentlichen dem Zweck, die Ausfallsicherheit der Baugruppe sicherzustellen. Diese Funktionalität könne aber auch auf einem anderen Wege, nämlich mit dem von der ASt angebotenen Produkt realisiert werden. Das von der ASt angebotene System sei durch einen dezentralen Aufbau gekennzeichnet und arbeite mit insgesamt sieben Unterzentralen ohne übergeordneten Steuerungsprozessor. Das hierdurch gewährleistete Schutzniveau sei mit dem Ausgeschriebenen vergleichbar.

Angebot der Bg

Das Angebot der Bg sei auszuschließen, weil es die Vorgaben nicht erfülle. Nach eigener Marktkennntnis der ASt seien am Markt zwei Sprachalarmierungsanlagen verfügbar, die mit einer internen Betriebsspannung von 48 V betrieben werden. Dies seien zum einen das Produkt [...], zum anderen das Produkt [...]. Es sei davon auszugehen, dass die Bg das Produkt [...] angeboten habe. Dieses verfüge aber weder über die in Pos. 3.3.160 des LV geforderte Vernetzung über Ethernet noch über insgesamt 8 NF-Eingänge. Abweichend von Pos. 3.3.170 des LV verfüge der Leistungsverstärker auch nicht über eine Leistungsaufnahme von 4 x 600 W, sondern über max. 4 x 125 W. Darüber hinaus weise der Leistungsverstärker anstelle des geforderten Übertragungsbereichs von 50 Hz bis 22 kHz nur einen Übertragungsbereich von 16 Hz bis 19 kHz auf. Auch die Vorgaben der Pos. 3.3.180 des LV könnten von dem Produkt nicht vollständig erfüllt werden. Denn das von der Bg angebotene Produkt habe keine Ethernet-Anschlüsse, sondern zwei Systemnetzwerkstecker-Anschlüsse.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des von ihr abgegebenen Angebots zu erteilen,
2. ihr Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
3. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

die Anträge 1) bis 3) aus dem Schriftsatz vom 23. Dezember 2016 zurückzuweisen.

Die Ag meint, die ASt habe ihren Rügeobliegenheiten nicht genügt. Obwohl in der Bekanntmachung die zuständige Stelle am Dienstsitz in [...], an die evtl. Rügen gerichtet werden konnten, mit Kontaktadresse eindeutig bezeichnet worden sei, habe die ASt das Rügeschreiben per Fax an die Poststelle des [...] Dienstsitzes der Vergabestelle gerichtet. Dort sei es zwar am 23. Dezember 2016 eingegangen, habe dort aber zunächst nicht thematisch zugeordnet werden können. Die Weiterleitung des Faxes an die zuständige Stelle am Dienstsitz [...] sei erst am 30. Dezember 2016 erfolgt, mithin nach Stellung des Nachprüfungsantrags. Das von der ASt parallel auf dem Postweg versandte Rügeschreiben sei ebenfalls erst nach Stellung des Nachprüfungsantrags bei der zuständigen Stelle in [...] eingegangen.

Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert sei die ASt mit dem Vorbringen, die Ag habe gegen das Gebot einer produktneutralen Ausschreibung verstoßen. Die ASt habe bereits in einer Rüge vom 18. August 2016 geltend gemacht, dass einzelne Leistungen im LV nicht produktneutral ausgeschrieben worden seien. Die von der ASt nunmehr behauptete mangelnde Produktneutralität habe die ASt jedoch vor Stellung des Nachprüfungsantrags unbeanstandet gelassen.

Ungeachtet dessen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Angebot der ASt sei zu Recht nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A ausgeschlossen worden.

ELA

Die Ag meint, in der Antwort auf Bieterfrage Nr. 4 hinreichend klargestellt zu haben, dass die Betriebsspannung der ELA bei 48 V liegen müsse. Zu dieser Vorgabe sei sie aufgrund des dem öffentlichen Auftraggebers zuzubilligenden Leistungsbestimmungsrechts befugt gewesen. Für eine Betriebsspannung von 48 V habe sie sich deshalb entschieden, weil diese dem aktuellen Stand der Technik entspreche und daher zukunftssicherer sei als eine Betriebsspannung von 24 V. Im Übrigen gehe aus dem von der ASt selbst vorgelegten Schreiben des Anbieters [...] hervor, dass Anlagen mit einer Betriebsspannung von 48 V von mehreren Unternehmen angeboten würden, so dass der von der ASt geltend gemachte Einwand mangelnder Produktneutralität fehl gehe. Entgegen der von der ASt im Schriftsatz vom 10. Januar 2017 vertretenen Auffassung sei die Vorgabe einer Betriebsspannung von 48 V keine technische Spezifikation im Sinne des § 7 a Abs. 1 VOB/A, sondern eine individuelle, auf das konkrete Bauvorhaben bezogene technische Anforderung.

EMA

Die von der ASt angebotene EMA sei mit der geforderten nicht gleichwertig. Das LV habe in Pos. 3.6.130 produktneutral vorgesehen, dass eine EMA mit gedoppelten Prozessorbaugruppen mit automatischer Umschaltung für den Fall von Störungen oder Ausfall anzubieten sei. Zweck der Vorgabe sei es, [...] eine hohe Verfügbarkeit der Anlage vorzusehen. Im Aufklärungsgespräch am 21. Oktober 2016 habe die ASt zu Protokoll erklärt, dass das von ihr angebotene EMA keine gedoppelte Prozessorbaugruppe habe. Der technische Ausfall einer Prozessorbaugruppe führe bei dem von der ASt angebotenen Produkt zu einem Ausfall der daran angeschlossenen Ringe.

Angebot der Bg

Das Angebot der Bg sei nicht von der Wertung auszunehmen. Die von der Bg angebotenen Anlagen verfügten über die geforderten technischen Eigenschaften und Zertifizierungen. Die Annahme der ASt, dass das Angebot der Bg von den Vorgaben in den Pos. 3.3.160, 3.3.170 und 3.3.180 des LV abweiche, sei unzutreffend. Die Ag habe in der Antwort auf die Bieterfrage Nr. 4 deutlich gemacht, dass insoweit lediglich eine Betriebsspannung von 48 V vorhanden sein müsse; auf alle anderen ursprünglich gestellten Anforderungen habe sie verzichtet.

- c) Die mit Beschluss vom 27. Dezember 2016 zum Verfahren hinzugezogene Bg meint, der Nachprüfungsantrag sei aufgrund von § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB unzulässig. Der ASt sei seit Kenntnisnahme der Antwort der Ag auf die Bieterfrage Nr. 4 bekannt gewesen, dass das Notstromsystem der ELA eine Betriebsspannung von 48 V aufweisen müsse. Sollte die ASt hiergegen vergaberechtliche Bedenken gehabt haben, hätte sie diese unverzüglich nach dem 10. August 2016 rügen müssen. Dies habe die ASt unterlassen.

Soweit die ASt geltend mache, hinsichtlich des EMA sei die Ausschreibung nicht produktneutral erfolgt, müsse sie sich entgegen halten lassen, dass bereits aus den allgemeinen Ausführungen zu Pos. 3.6. des LV hervorgegangen sei, dass das anzubietende System mit einer Bestandsanlage des Herstellers [...] kompatibel sein müsse. Den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß hätte die ASt bis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe rügen müssen. Dies sei unterblieben, so dass die ASt auch insoweit ihren Rügeobliegenheiten nicht genügt habe.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Der Erwägung der ASt, ein Angebot genüge den Vorgaben des LV dann, wenn es die geforderte Funktionalität gewährleiste, sei nicht zu folgen. Die Erwägungen des OLG Düsseldorf in seinen Entscheidungen vom 25.4.2012 (Verg 61/11)

und vom 14.4.2016 (Verg 47/15), auf die sich die ASt zur Begründung für ihre abweichende Auffassung stütze, seien auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragbar.

ELA

Ein Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung liege nicht vor. Der Bg seien vier verschiedene Produkte mit einer Betriebsspannung von 48 V bekannt. Es könne daher keine Rede davon sein, dass die Ag „verdeckt“ ein Produkt von [...] ausgeschrieben habe. Ebenso wie die Ag vertritt die Bg die Auffassung, dass die Vorgabe einer Betriebsspannung von 48 V keine technische Spezifikation im Sinne des § 7a EU Abs. 1 VOB/A sei. Auf die Vorschrift des § 13 EU Abs. 2 VOB/A könne die ASt sich auch deshalb nicht berufen, weil sie es versäumt habe, die Gleichwertigkeit im Angebot nachzuweisen (§ 13 EU Abs. 2 Satz 3 VOB/A).

EMA

Das Angebot der ASt sei auszuschließen, weil es nach dem eigenen Vortrag der ASt von den Vorgaben des LV abweiche. Das habe selbst dann zu gelten, wenn mit dem von der ASt angebotenen System eine vergleichbare Leistung erzielt werden könne.

Entgegen der Auffassung der ASt erfülle das Angebot der Bg sämtliche im LV gestellten Anforderungen.

- d) Der ASt ist antragsgemäß Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 165 Abs. 2 GWB) gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 2017 wurde der Sachverhalt umfassend diskutiert. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeakte der Ag, die Verfahrensakte der Vergabekammer und das Hinweisschreiben vom 17. Januar 2017 wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, als unbegründet zurückzuweisen.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist nur teilweise gegeben.

- a) Die ASt hat den sich aus § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB ergebenden Rügeobliegenheiten überwiegend genügt.

aa) Die ASt wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag primär gegen den Ausschluss ihres Angebots von der Wertung. Kenntnis hiervon erlangte die ASt aufgrund des Informationsschreibens vom 15. Dezember 2016, das der ASt – nach ihrem unbestritten gebliebenen Vortrag – erst am darauffolgenden Tag auf postalischem Wege zugegangen ist. Hiergegen brachte die ASt mit einem per Fax am 23. Dezember 2016 bei der Ag eingegangenen Schreiben eine Rüge an. Damit hat sie den sich aus § 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB ergebenden Rügeobliegenheiten genügt.

Dem steht im Ergebnis auch nicht entgegen, dass die ASt das Rügeschreiben an eine andere als die in der Bekanntmachung angegebene Stelle per Fax übermittelt hat. Ausweislich Ziff. VI.4.2) der Bekanntmachung und - im Einklang hiermit stehend - in Ziff. VI.4.3) und Ziff. I.1) der Bekanntmachung war das Referat [...] Dienstsitz der Vergabestelle als zuständige Organisationseinheit nebst Faxnummer benannt worden. Sinn und Zweck der Angabe von Kontaktdaten in der Bekanntmachung ist es v.a., es den Unternehmen zu ermöglichen, mit der zuständigen Stelle ohne zeitliche Verzögerung in Kontakt treten zu können, um evtl. Fragen zum Vergabeverfahren stellen oder – wie vorliegend – eine Rüge erheben zu können. Die ansonsten erforderliche Suche nach dem zuständigen Ansprechpartner entfällt dadurch. Die Bekanntmachung der Kontaktdaten dient aber auch der Arbeitserleichterung der Behörde. Die zuständige Organisationseinheit erhält so zeitnah Kenntnis von den in ihre Zuständigkeit fallenden Angelegenheiten. Dieser Effekt wird konterkariert, wenn – wie vorliegend – das Rügeschreiben nicht an die zuständige Organisationseinheit in [...] adressiert wird, sondern an die Posteingangsstelle am Dienstsitz der Behörde [...]. Wie allerdings dem § 130 Abs. 3 BGB i.V.m. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB (analog) zu entnehmen ist, wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wenn sie in dessen Abwesenheit abzugeben ist, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie ihm zugeht. Der Eingang bei einer Zweigstelle genügt, wenn diese als Empfangsstelle für an die Hauptniederlassung gerichtete Erklärungen zu betrachten ist. Das an eine Behörde gerichtete Schreiben geht mit Eingang bei der hierfür eingerichteten Stelle zu, nicht erst mit der Vorlage bei dem zuständigen Sachbearbeiter (vgl. zum Vorstehenden Ellenberger in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. (2012), § 130 Rn. 6 m.w.N.). Ausgehend hiervon ist festzustellen, dass die Vergabestelle über zwei Dienstsitze, einen in [...], einen weiteren in [...] verfügt. Indem die ASt das Rügeschreiben an die Poststelle des [...] Dienstsitzes der Vergabestelle richtete, gelangte das Schreiben am 23. Dezember 2016 in den Empfangsbereich der Ag. Dass die Mitarbeiter am [...] Dienstsitz das Schreiben erst am 30. Dezember 2016 an die zuständige Arbeitseinheit weitergeleitet haben, ist ohne Belang.

bb) Anders verhält es sich hingegen mit dem Vorbringen, es liege ein Verstoß gegen die produktneutrale Ausschreibung vor. Mit diesem Vortrag ist die ASt gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert.

Die Vorschrift des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB sieht vor, dass Vergabeverstöße, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar waren, bis spätestens zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebotes gerügt werden müssen. Die Erkennbarkeit ist eine Doppelte: Diese muss sich einerseits auf die einen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen, andererseits auch auf eine – aufgrund einer zumindest laienhaften Einschätzung beruhenden – rechtliche Bewertung beziehen, es liege ein Vergaberechtsverstoß vor (Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. (2013), § 107 GWB a.F., Rn. 48). Die ASt macht geltend, die Ag habe in den streitgegenständlichen Positionen des LV nicht produktneutral ausgeschrieben. Wie sich aus den Ausführungen der ASt im Nachprüfungsantrag und ihren Einlassungen in der mündlichen Verhandlung ergibt, sind die Produktmärkte der in Betracht kommenden Geräte vergleichsweise eng. Nach Ansicht der ASt gibt es lediglich ein Produkt, das sämtliche an das ELA-System gestellten Anforderungen erfüllt. Nichts anderes gilt nach Ansicht der ASt für das EMA, da die Ag im LV eine Produktbeschreibung des Herstellers [...] wiedergegeben habe. Da es sich bei der ASt um ein branchenerfahrenes Unternehmen handelt, ist davon auszugehen, dass die Tatsachenkenntnis schon vor Ablauf der Angebotsabgabefrist vorhanden war. Die ASt verfügte darüber hinaus über die Rechtskenntnis, dass ein Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung vergaberechtswidrig ist. Darauf lässt jedenfalls das Rügeschreiben der ASt vom 18. August 2016 schließen, in dem sie u.a. geltend machte, der Wettbewerb werde durch die Vorgabe des Produkts des Herstellers [...] (Ziff. 3.5 des LV) verzerrt. Die Ag in ihrem Antwortschreiben vom 26. August 2016 dem Rügevorbringen nicht abgeholfen. In ihrer Antwort wies die Ag darauf hin, dass eine Ausnahme von § 7 EU Abs. 2 VOB/A dann zu machen sei, wenn ein objektiver, in der Sache selbst liegender Grund bestehe. Dies sei bei dem Produkt der [...] der Fall.

Die ASt hat es unterlassen, die für sie in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erkennbaren Vergaberechtsverstöße vor Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe zu rügen. Somit ist sie mit dem Rügevorbringen präkludiert.

Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert ist die ASt ferner mit dem gegen die in der Antwort auf die Bieterfrage Nr. 4 gemachte Vorgabe, dass die ELA mit 48 V betrieben werden soll.

b) Die ASt ist antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB).

Ihr bestehendes Interesse am Auftrag (§ 160 Abs. 2 Satz 1 GWB) hat sie durch die Abgabe ihres Angebots dokumentiert.

Die Antragsbefugnis setzt ferner einen schlüssigen Vortrag der Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften voraus. Der Tatsachenvortrag muss, seine Richtigkeit unterstellt, geeignet sein, einen Vergaberechtsverstoß darzutun. Die Antragsbefugnis kann nur fehlen, wenn offensichtlich eine Rechtsbeeinträchtigung nicht vorliegt (OLG Celle, Beschl. v. 10.03.2016, 13 Verg 5/15, unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 29.7.2004, 2 BvR 2248/03; BGH, Beschl. v. 18.5.2004, X ZB 7/04 sowie BGH, Beschl. v. 26.9.2006, X ZB 14/06). Dabei dürfen die Anforderungen an die Begründung nicht überspannt werden. Nicht zuletzt dann, wenn dem Bieter zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags die erforderlichen Informationen zur Begründung seines Antrags gefehlt haben, kann es aus Gründen der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes genügen, wenn der Antragsteller lediglich plausible Anhaltspunkte für die von ihm geltend gemachten Vergaberechtsverstöße vorbringt (Dicks, a.a.O., § 107 GWB a.F., Rn. 18,19).

Die Antragsbefugnis ist zu bejahen, soweit die ASt geltend macht, der Ausschluss ihres Angebots sei fehlerhaft und verletze sie in ihren Bieterrechten. Die Antragsbefugnis ist ferner gegeben, soweit die ASt vorträgt, das Angebot der zweitplatzierten Bg sei auszuschließen. Sollten beide Angebote von der Wertung auszunehmen sein, erhalte die ASt die Möglichkeit, ein korrigiertes, zuschlagsfähiges Angebot abzugeben (sog. „zweite Chance“).

c) Die Rechtsbehelfsfrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nicht entgegen. Die 15-Tage-Frist wurde nicht in Lauf gesetzt, weil die Ag der ASt vor Einreichung des Nachprüfungsantrags keine Mitteilung übersandt hat, dem Rügevorbringen nicht abhelfen zu wollen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Das Angebot der ASt ist nach § 16 EU Nr. 1 VOB/A in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A von der Wertung auszunehmen. Das Angebot der Bg ist nicht zu beanstanden.

a) Nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A ist ein Angebot auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen. Änderungen an den Vergabeunterlagen sind unzulässig. Ob eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vorliegt, ist anhand einer Auslegung der Vergabeunterlagen einerseits und des Angebots andererseits festzustellen. Maßgeblich abzustellen ist

dabei jeweils auf die Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers (Dittmann/Dicks in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. (2014), § 16 VOB a.F., Rn. 28).

aa) In Pos. 3.3.170 des LV war ursprünglich vorgesehen, dass die Notstromversorgung des anzubietenden ELA über eine 24 V Betriebsspannung verfügen muss. Durch die Antwort der Ag auf Bieterfrage Nr. 4 ist diese Vorgabe insoweit modifiziert worden, als das ELA nunmehr eine Betriebsspannung von 48 V aufweisen muss. Das von der ASt angebotene Produkt hat eine Betriebsspannung von 24 V, weicht daher von den durch die Antwort auf Bieterfrage Nr. 4 modifizierten Vergabeunterlagen ab. Die ASt bestreitet die Abweichung zwar nicht. Im Nachprüfungsantrag macht sie aber geltend, die Abweichung sei unschädlich, weil das von ihr angebotene Produkt die geforderte Funktionalität erfülle. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 10. Januar 2017 trägt die ASt ergänzend vor, ihr Angebot stelle eine gem. § 13 EU Abs. 2 VOB/A zulässige Abweichung von technischen Spezifikationen dar. Beide Erwägungen der ASt vermögen nicht zu überzeugen.

Das Vergaberecht regelt nur das "Wie" der Beschaffung. Daher bleibt es dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich unbenommen, den Auftragsgegenstand zu bestimmen. Die Nachprüfungsinstanzen können lediglich überprüfen, ob die Beschaffungsentscheidung auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruht. Das Leistungsbestimmungsrecht ist indes nicht schrankenlos. Grenzen dieses Rechts können sich ergeben etwa aus dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung. Vorliegend hat die Ag die Grenzen des ihr zuzubilligenden Leistungsbestimmungsrechts durch die Vorgabe einer Betriebsspannung von 48 V nicht überschritten.

Durch die Bieterfrage Nr. 4 ist die Ag darauf aufmerksam gemacht worden, dass die technischen Vorgaben unter Ziff. 3.3 des LV zum ELA teilweise widersprüchlich waren. Während bei drei LV-Positionen eine Betriebsspannung von 24 V vorgegeben worden war, war bei einer LV-Position eine Betriebsspannung von 48 V vorgesehen. Diesen Fehler hat die Ag korrigiert, indem sie einheitlich 48 V vorgegeben hat. Die Ag hat vorgetragen, für diese Entscheidung sei maßgeblich gewesen, dass die mit 48V betriebenen Anlagen die in technischer Hinsicht moderneren seien. Damit hat die Ag Gründe vorgetragen, die auftragsbezogen sind. Da die ASt diese Vorgabe vor Ablauf der Angebotsabgabefrist auch nicht zum Gegenstand einer Rüge gemacht hat, muss sie diese gegen sich gelten lassen.

Der Vortrag der ASt im Nachprüfungsantrag, dass das von ihr angebotene Produkt die gleiche Funktionalität gewährleisten könne, ist unbehelflich. Da die Ag hinreichend deutlich gemacht hat, dass die von ihr nachgefragte Anlage eine Betriebsspannung von 48 V haben muss, kommt es auf die Frage, ob eine 24-V-Anlage dieselbe Funktionalität erfüllen kann, nicht an. Das verdeutlicht folgende Kontrollüberlegung: Würde z.B. ein Auftraggeber aus auftragsbezogenen Gründen die Anschaffung von Fahrzeugen mit Benzinmotoren ausschreiben, würde ein Dieselfahrzeug - dem Ansatz der ASt folgend – grundsätzlich dieselbe Funktionalität erfüllen, da die Karosserie eines Dieselfahrzeugs sich nicht von derjenigen eines benzinbetriebenen Fahrzeugs wesentlich unterscheidet und beide gleichermaßen als Transportmittel fungieren können. Gleichwohl gibt es zwischen beiden preisliche und (antriebs-) technische Unterschiede, die dafür sprechen, dass ein Dieselfahrzeug nicht der Nachfrage des Auftraggebers entsprechen würde.

Entgegen der im Schriftsatz vom 10. Januar 2017 geäußerten Auffassung der ASt sind auch die Voraussetzungen des § 13 EU Abs. 2 VOB/A nicht erfüllt, wonach eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweicht, angeboten werden kann, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist.

Zweifelhaft ist schon, ob die Vorgabe einer Betriebsspannung von 48 V die Merkmale einer technischen Spezifikation im Sinne des § 7a EU Abs. 1 VOB/A aufweist.

Nach § 7 a EU Abs. 1 VOB/A in Verbindung mit der Legaldefinition in Anhang TS Nr. 1 sind technische Spezifikationen bei Bauaufträgen sämtliche „insbesondere in den Vergabeunterlagen enthaltenen technischen Beschreibungen, in denen die erforderlichen Eigenschaften eines Werkstoffs, eines Produkts oder einer Lieferung definiert sind, damit dieser/diese den vom öffentlichen Auftraggeber beabsichtigten Zweck erfüllt; zu diesen Eigenschaften gehören Umwelt- und Klimaleistungsstufen, „Design für alle“ (einschließlich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen) und Konformitätsbewertung, Leistung, Vorgaben für Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen,“

Diese – nahezu allumfassende – Definition könnte dafür sprechen, dass die geforderte Betriebsspannung von 48 V eine technische Spezifikation („Leistung“) ist.

Bei diesem weiten Verständnis der Definition der technischen Spezifikation scheint allerdings jegliche in einer LV-Position gemachte technische Vorgabe unter den Begriff der technischen Spezifikation zu fallen. Dies würde indes dem Regelungszweck des § 13 EU Abs. 2 VOB/A zuwiderlaufen. Der gemeinschaftsrechtliche Hintergrund der Norm gebietet es, seine Zielsetzung in der Austauschbarkeit der unterschiedlichen nationalen Normierungen, Maßeinheiten, Umweltgütezeichen, Prüfmethoden o.ä. zu sehen (vgl. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 21. Januar 2011, VK 2 – 146/10, unter Hinweis auf Dicks in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A, Rn. 108 zu § 13 VOB/A a.F.). Es soll den Bietern ermöglicht werden, unabhängig von der Bezeichnung der ihnen zur Verfügung stehenden Nachweise, die Gleichwertigkeit ihres Produkts oder ihrer technischen Lösung belegen zu können. Auch von einer (nationalen) Normierung oder Zulassung bislang nicht erfasste technische Lösungen sollen nicht mit der Begründung abgelehnt werden können, sie ließen sich nicht unter bestehende Spezifikationen fassen (VK 2- 146/10 a.a.O.).

Dagegen soll § 13 EU Abs. 2 VOB/A nicht die in einer Leistungsbeschreibung konkret und individuell für die gewünschte Leistung aufgestellten technischen Anforderungen, Abmessungen oder Zulassungen etc., zur Disposition der Bieter stellen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6. Oktober 2004, VII Verg 56/04; Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 11. März 2010, VK 3-18/10). § 13 EU Abs. 2 S. 1 VOB/A ist daher – teleologisch einschränkend – dahin auszulegen, dass er solche Abweichungen eines Leistungsangebots von den konkret individuell vorgegebenen Leistungsparametern nicht erfasst, und zwar unabhängig davon, ob der Auftraggeber diese verbal bzw. numerisch oder durch Bezugnahme auf Bestimmungen eines allgemeinen technischen Regelwerks „spezifiziert“ (OLG München, Beschl. v. 28. Juli 2008, Verg 10/08). Bei einem anderen Verständnis wäre einem vergleichbaren Wettbewerb jegliche Basis entzogen und jede Leistungsbeschreibung nur als ein unverbindlicher Vorschlag des Auftraggebers anzusehen, von dem die Bieter nach Belieben abweichen könnten, so sie nur eine Gleichwertigkeit nachweisen. Dies kann aber nur für Nebenangebote gelten. Ansonsten ist ein einheitliches Verständnis der Vorgaben des Auftraggebers und dessen gleichförmige Beachtung durch die Bieter aber die wesentliche Grundlage für den Vergabewettbewerb; die rechtlichen Vorgaben zur Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung sind Ausdruck dessen. Diese Grundsätze werden nicht durch § 13 EU Abs. 2 S. 1 VOB/A nicht abbedungen.

Vorliegend kommt hinzu, dass nach § 13 EU Abs. 2 Satz 2 VOB/A die Abweichung „im Angebot eindeutig bezeichnet“ sein muss und die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nachzuweisen ist (vgl. Satz 3 des § 13 EU Abs. 2 VOB/A). Die ASt hat aber weder in ihrem

Angebot die Abweichung eindeutig bezeichnet, noch hat sie die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nachgewiesen. Die Voraussetzungen des § 13 EU Abs. 2 VOB/A liegen deshalb nicht vor.

Da das Angebot der ASt von den Anforderungen des LV unter Pos. 3.3.170 abweicht, ist es von der Wertung auszunehmen. Unbeachtlich ist, dass es sich bei der Abweichung um eine im Verhältnis zum Gesamtauftrag geringfügige Abweichung handelt.

bb) Rein vorsorglich weist die Vergabekammer darauf hin, dass das Angebot der ASt auch die Vorgaben zum EMA (Pos. 3.6 des LV) in unzulässiger Weise abändert.

Aus Pos. 3.6.130 des LV geht hervor, dass eine gedoppelte Prozessorbaugruppe gefordert worden ist. Das von der ASt angebotene Produkt besitzt keine gedoppelte Prozessorbaugruppe, was die ASt im Aufklärungsgespräch am 21. Oktober 2016 bestätigt hat. Der von der ASt vorgetragene Einwand, dass die mit der Forderung nach einer gedoppelten Prozessorbaugruppe intendierte Ausfallsicherheit auch durch das von ihr angebotene dezentrale System erreicht werden könne, ist unbeachtlich. Schon aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz (§ 97 Abs. 2 und Abs. 1 GWB) ist es dem Auftraggeber im Vergabeverfahren verwehrt, Anforderungen in der Leistungsbeschreibung nachträglich fallen zu lassen und damit Bieter, die sich an die Vorgaben gehalten haben, zu benachteiligen. Der Erwägung der ASt im Nachprüfungsantrag, dass die Abweichung unschädlich sei, weil ihr Angebot dieselbe Funktionalität gewährleiste, ist aus den vorstehend genannten Gründen unbeachtlich.

cc) Das Angebot der ASt ist ferner nach § 16 EU Nr. 4 VOB/A auszuschließen, weil die ASt Erklärungen und Nachweise, welche der Auftraggeber sich nachzufordern vorbehalten hat, nicht innerhalb der gesetzten Frist vorgelegt hat.

Die Ag hat mit Schreiben vom 19. September 2016 die ASt zur Vorlage diverser Erklärungen und Nachweise bis zum 26. September 2016 aufgefordert. Die Ag wies darauf hin, dass das Angebot gem. § 15 Abs. 2 VOB/A bzw. § 16 EU Nr. 4 VOB/A auszuschließen sei, sollten die geforderten Erklärungen und Nachweise bis zu diesem Zeitpunkt nicht vorliegen. Nachgefordert hat die Ag auch das Formblatt 236 für die von der ASt als Nachunternehmen vorgesehene Unternehmen (Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen). Die ASt hat der Ag unter dem 26. September 2016 Erklärungen und Nachweise zur Verfügung gestellt, darunter auch

das Formblatt 236. Indes haben nicht alle Nachunternehmer alle erforderlichen Angaben im Formblatt gemacht. Wie sich mittelbar aus dem Besprechungsprotokoll über das Aufklärungsgespräch vom 21. Oktober 2016 ergibt, hat die ASt die (vollständigen) Verpflichtungserklärung erst während des Aufklärungsgesprächs nachgereicht. Eines der nachgereichten Formblätter 236 hat der betreffende Nachunternehmer auf den 13. Oktober 2016 datiert, was darauf schließen lässt, dass dieses deutlich nach Ablauf der von der Ag gesetzten Frist (26. September 2016) angefertigt wurde.

b) Das Angebot der Bg ist nicht auszuschließen. Nach den zutreffenden Feststellungen der Ag erfüllt das Angebot der Bg alle gestellten Anforderungen.

aa) Pos. 3.3.160 des LV (Zentrales Steuerungs- und Ausgangsmodul) sieht – soweit vorliegend von Interesse - folgende Leistungsmerkmale vor: (a) vernetzt über Ethernet und (b) 8 NF-Eingänge. Entgegen der Auffassung der ASt erfüllt das Angebot der Bg beide Anforderungen.

bb) Das Angebot der Bg erfüllt die in Pos. 3.3.170 des LV (Leistungsverstärker 4 x 600 W) genannten Anforderungen. Wie die Ag in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer ausgeführt hat, bezweckte die Antwort auf Bieterfrage Nr. 4 eine Erleichterung bezüglich der ursprünglich im LV vorgesehenen technischen Anforderungen. Danach war ein Gesamtsystem anzubieten, mit welchem die Bestimmungen und Richtlinien eingehalten und die geforderten Funktionalitäten erfüllt werden, und das eine Betriebsspannung von 48 V hat. Dieses Verständnis vom Inhalt der Antwort auf Bieterfrage Nr. 4 entsprach demjenigen der Bg (vgl. Schriftsatz vom 18. Januar 2017, S. 8) und demjenigen der ASt, welche in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer erklärte, deshalb ebenfalls keinen Leistungsverstärker mit 4 x 600 W angeboten zu haben. Ausgehend von den durch die Antwort auf Bieterfrage Nr. 4 modifizierten Anforderungen ist das Angebot der Bg nicht zu beanstanden. Hiervon hat sich die Ag in dem Aufklärungsgespräch am 21. Oktober 2016 überzeugt.

cc) Pos. 3.3.180 des LV (Ausgabe- und Überwachungseinheit) fordert u.a. 2 Ethernet-Anschlüsse. Das Angebot der Bg erfüllt diese technische Anforderung.

Nach alledem bleibt festzustellen, dass dem Nachprüfungsantrag der Erfolg versagt bleibt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB. Die ASt als Unterliegende hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) zu tragen und die der Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen zu tragen. Es entspricht darüber hinaus der Billigkeit, der ASt die der Bg zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen. Die ASt hat mit ihrem Nachprüfungsantrag den Ausschluss des Angebots der Bg begehrt und daher einen Interessengegensatz zu dieser geschaffen. Die Bg ihrerseits hat sich durch schriftlichen und mündlichen Vortrag aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt und daher ein Kostenrisiko auf sich genommen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg war mit Blick auf die Komplexität der aufgeworfenen Tatsachen- und Rechtsfragen und zur Herstellung von Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt notwendig.

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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Dr. Herlemann

Thiele